

موضوع الدين وركبه الاشياء	موضوع الدين وركبه الاشياء
٤٦	٤ وجوب الحرم على قضاة الدين
٤٦	٥ كراهة نزول مناصب الدين على المديون الخ
٤٦	٥ فيما لو اتحا المديون الى الحرم
٤٦	٦ وجوب السعي في قضاء الدين
٤٨	٨ مستثنيات الدين
٥١	١٢ عدم صحة العادات المرسومة في أول وقتها
٥٣	١٠ المداينة للأداء والبيكلام على مسئلة العبد
٥٥	١٤ ما يجب على المديون عند عينة المدين
٥٥	١٨ تحريم مطالبة المعسر وحله
٥٦	١٨ جوار انكار المعسر الدين مع خوف الخس
٥٧	بالاعتداف وحرر الخلف مع التدريعية بنية القضاء
٥٧	١٩ لو استدانة الروحة الدقة الواحة وحل على
٥٧	الروح دفع الموص
٦٠	١٩ عدم صحة المصاريه بالدين قبل قصه
٦٨	٢ صحة بيع الدين على من هو عليه وبغيره
٦٩	٢١ وجوب دفع جميع الدين الى المشتري وان كان
٦٩	النس أقل
٦٩	٢٣ لو ار أحد من الحرم الذي في الحرية والدين
٧٤	٢٤ عدم صحة قسمة الدين الا بالمعاقلة
٧٥	٢٨ عدم صحة بيع الدين بالدين
٧٥	٣١ عدم صحة بيع أوراق السلطان ومهم الخس
٧٦	والركوة الأصل القرض
٧٦	٣١ استحقاق القرض وفصله على الصدقة
٧٦	٣٢ اشتراط الايجاب والقبول في القرض
٧٧	٣٤ اشتراط عدم الرابة في القرض في القيد والصحة
٧٧	٣٦ حكم دفع المدين الى زيادة
٧٩	٣٧ اشتراط رد المكسرة من ص الصحة ونحوه
٨٠	٣٧ لو شرط رهنا او كفلا أو رهنا مدين آخر
٨١	٣٨ لو اقضيه بشرط ان يقترض منه أو يقرضه أو
٨١	يبيعه بمحانة وغيرها
٨١	لا يصح رهن ما لا يملك كالخشرات والحل

صحيحة	صحيحة
١٢٦ لو باع الراهن فطلب المرتهن الثمن قبل هوأجله	٨٢ لا يصح رهن الأرض المفتوحة غنوة
١٢٨ جواز اشتراط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه	٨٢ لا يصح رهن مالا يمكن قبضه
١٣٠ لو امتنع الراهن من الاداء وقت الحلول	٨٣ لا يصح رهن المسلم أو المصنف عند الكافر
١٣١ لا يصح الرهن على الاعيان وان كانت مضمونة	٨٣ جواز رهن الحساء عند الفاسق على كراهة
بل على الدين	٨٣ عدم جواز رهن الوقف والمكاتب
١٣٣ عدم صحة الرهن على ما يصير ديناً	٨٤ حكم رهن أم الولد
١٣٤ التبرك بين الرهن وسبب الدين في عقد	٨٥ صحة الرهن في زمن الخيار
١٣٦ جواز الرهن على الثمن في مدة الخيار وعلى مال	٨٦ رهن الأم بدون ولدها الصغير
الجمالة بعد الرد وعلى الثقة الماضية أو الحاضرة	٨٨ رهن المشاع والمرتد والجاني
وعلى مال الكتابة	٩٢ رهن ما يسرع اليه الفساد
١٣٧ عدم جواز الرهن على الدية قبل استقرار الجنابة	٩٣ لو نذر العتق عند شرط فهل يصح رهنه قبله
١٣٧ عدم جواز الرهن على الاجارة المتعلقة بيمين	٩٤ لو رهن عصيراً فصار خيراً في يد المرتهن
المؤجر	٩٥ لو جمع خيراً مراقفاً فتخلل في يده
١٣٨ جواز الزيادة في الرهن بدين واحد وزيادة	٩٦ لو غصب عصيراً فصار خيراً ثم محلل
الدين على مرهون واحد	٩٦ لو استأجر مالا ليرهنه
١٣٨ تحقيق الحال في اشتراط القبض في الرهن	١٠٣ عدم صحة رهن المجهول
١٤٢ اشتراط اذن الراهن في القبض	١٠٤ لو غصب عيناً ورهنها أو باعها فصادف الملك
١٤٤ لا يشترط استدامة القبض	١٠٤ لو رهن ما يصح فيه الرجوع كاللوهوب
١٤٤ كفاية استصحاب القبض وعدم لزوم تجديده	١٠٥ لو رهن الوارث التركة وهناك دين
١٤٦ لو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع	١٠٥ الخلاف في انتقال التركة للوارث مع الدين
١٤٦ لو رهن المصوب عند الناصب زال الضمان	١١٠ اشتراط كفاية الموجب والقابل وتملك الموجب
بالعقد	أو حكمه
١٤٨ زوال الضمان عن الناصب بإيداعه واجارته	١١ جواز رهن مال الطفل مع المصلحة
١٤٩ عدم زواله باعارته ونوكيله في البيع والاعتاق	١١٣ لو استداننا ورهننا ثم قضى أحدهما
وابرائته من الضمان	١١٣ لو تعدد المرتهن وانحد العقد من الواحد
١٥٠ زوال الضمان بالارتهاق عن المستعير المفطر أو	١١٤ عدم جواز التصرف في الرهن للراهن والمرتهن
المستترط عليه الضمان أو القابض بالسوم	١١٦ لو تصرف أحدهما وقع موقوفاً لا اعتق المرتهن
١٥٠ عدم اجبار الراهن على الاقباض الآن يكون	١١٧ لو أفلك الرهن هل تلزم العقود
شرطاً في بيع فلبائع الخيار	١٢٠ لو أعتق الراهن باذن المرتهن أو بالعكس
١٥١ كفاية القبض	١٢٢ لو أذن له في الهبة ثم رجع قبل الاقباض
١٥٢ عدم صحة القبض الا من كامل وجواز الاستنابة	١٢٣ لو أجل الراهن الجارية المرهونة
فيه الاستنابة الراهن	١٢٦ لو باع الراهن باذن المرتهن

صحيفة	صحيفة
١٨٨ ما يدخل في الرهن وما لا يدخل	١٥٣ التصرف في الرهن بما يزيل الملك قبل القبض
١٩٠ لو رهن ما عتجز به غيره	رجوع
١٩١ لو جنى العبد المرهون	١٥٣ لو اقلب الرهن خيرا
١٩٦ لو ائلف المرتين الرهن	١٥٤ النائب لا يصير رهنا الا بالقبض
١٩٦ لو صارت البيضة المرهونة فرخا	١٥٥ يحكم على الراهن باقراره بالا قباض ولو ادعى
١٩٧ مؤنة المرهون على الراهن	المواطاة فله الاحلاف
١٩٨ فيما لو رهن الغنم	١٥٦ لا يجوز تسليم المشاع الا باذن الشريك
١٩٨ في بدل الرهن الواجب بالجناية	١٥٦ لو رضيا بكون العين في يد الشريك جار
١٩٨ المحاصم في بدل الرهن هو الراهن	١٥٧ تنازع الشريك والمرتهن
١٩٩ لو عفا الراهن عن الجناية على المرهون	١٥٧ لو حجر عليه فليس له الا قباض
٢٠١ لو أدى بعض دين الرهن	١٥٧ حكم القبض لو كانا ما كنين في الرهن
٢٠٢ لو رهن عيدين	١٥٧ الاختلاف في القبض أو الاذن
٢٠٣ لو أدى أحد الوارثين نصف الدين	١٥٩ تلف بعض الرهن المتروك في البيع أو تسيه
٢٠٣ لو تعلق الدين بالتركة وأدى أحد الوارثين	١٦٠ لو شرط وضع الرهن على يد غيرها
نصف الدين	١٦١ لو جملاه على يد عديين
٢٠٤ لو قال المالك بع الرهن	١٦٢ عدم جواز قله عن العدل المتفق عليه
٢٠٥ مسائل النزاع	١٦٢ لو كان المرتهن اثنين فمات أحدهما
٢٠٥ لو اختلفا في عقد الرهن	١٦٣ لو رده العدل عليها أو على الحاكم أو وصل آخر
٢٠٦ دعوى دخول النخل في رهن الارض	١٦٥ لو أمر العدل بالبيع عند الحلول الخ
٢٠٧ لو ادعى عليها رهن عبدها	١٦٨ جملة من فروع وضع الرهن عند العدل
٢٠٨ لو ادعى على واحد رهن عبده	١٧٧ لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن
٢٠٩ التنازع في أنه رهن أو ودية	١٧٨ حكم ابتياع المرتهن للرهن
٢١٠ التنازع في ان الرهن العبد أو الجارية	١٧٨ تقديم المرتهن على غيره مع الحجر
٢١١ التنازع في رهن العبد أو هو مع الجارية	١٧٩ لا يضمن الرهن الا بالتفريط
٢١١ لو قال دفعت ما على الرهن من الدينين الخ	١٨١ لو تصرف المرتهن في الرهن
٢١٢ لو قال لم أتو عند التسليم أحد الدينين ونظائره	١٨٤ لو علم المرتهن جحود الوارث استقل بالاستيفاء
٢١٣ التداعي في البراءة وعدم الرد	١٨٤ لو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين الا بالينة
٢١٤ النزاع في قدر الدين	١٨٤ فيما يجب على المرتهن بالوطئ
٢١٥ التداعي في ان الرهن على المؤجل أو الحال	١٨٥ لو شرط كون الرهن مبيعا عند تعذر الاداء
٢١٥ النزاع في التفريط وفي القيمة معه	١٨٧ في ان فوائد الرهن للراهن
٢١٦ النزاع في تقدم الرجوع عن الاذن للراهن	١٨٨ لو أدى ما ينقص أحد الرهين لم يجز له اما كـ
في البيع عليه وتأخرها	بالآخر

صفحة	صفحة
٢٦٧ للولي استئجار من يعمل	٢١٩ دعوى الرهن الناطق في اقراره قبض المرتين
٢٦٧ استحباب بيع ما يطلب بزيادة وشراء الرخيص	الرهن
٢٦٨ ليس للاب أخذ الاجرة مع وجود المتبرع	٢٢٠ دعوى الرهن الكذب في الاقرار
٢٦٨ للولي رهن مال الطفل والمضاربة به	٢٢١ لو اعترف الجاني بالجناية على الرهن فصدقه
٢٦٨ هل للوصي الاتجار بمال الطفل بنفسه	الرهن خاصة أو المرتين خاصة
٢٦٩ جواز ابضاع مال الطفل وبناء العقار له وشراؤه	٢٢١ لو اعترف المرتين خاصة بمجناية العبد أو الرهن
٢٦٩ عدم جواز بيع عقاره الا للحاجة	خاصة
٢٦٩ جواز كتابة رقيقه وعتمه على مال	٢٢٣ لو قال الرهن أعتقته قبل الرهن الخ
٢٦٩ جواز خطه مع عياله في النفقة واستحباب ان	٢٣٢ لو اعترف أو أحدهما قبض المدل الرهن فأنكر
يحسب عليه أقل	٢٣٣ لو قال بعتك السلة بكذا فقال بل رهنها
٢٧٠ جواز جعله في المكتب والصنعة	٢٣٣ ﴿ المقصد الثالث في الحجر ﴾
٢٧٠ جواز قرض ماله مع الخوف	٢٣٣ أسباب الحجر ستة
٢٧١ عدم جواز قرضه مع الأمن	٢٣٤ (الاول) الصغر
٢٧١ جواز قرضه ان أراد السفر	٢٣٥ زوال الحجر بالبلوغ والرشد
٢٧١ للاب والوصي الاستئابة	٢٣٥ ما يحصل به البلوغ
٢٧٢ قبول قول الولي	٢٤٣ الكلام في الرشد
٢٧٢ (الثاني) من أسباب الحجر الجنون	٢٤٤ لا تعتبر العدالة في الرشد
٢٧٢ أولياء الجنون	٢٤٧ ما يعلم به الرشد
٢٧٣ للولي الطلاق عن الجنون	٢٤٩ الاشكال في صحة العقد الواقع للاخبار
٢٧٣ لا ينفذ بيع الجنون ولو أذن الولي	٢٥١ لا يكفي الطعن في السن مع قد الرشد
٢٧٣ للولي تزويج الجنون مع الحاجة	٢٥١ الشهادة المثبتة للرشد
٢٧٣ (الثالث) من أسباب الحجر السفه	٢٥٢ صرف المال في الخير ليس بتبذير
٢٧٣ المراد بالسفيه	٢٥٤ ما يتحقق به التبذير
٢٧٤ منع السفيه من التصرفات المالية	٢٥٥ في أولياء الطفل والجنون
٢٧٥ توقف حجر السفيه وزواله على حكم الحاكم	٢٥٨ في ولي السفيه
٢٧٧ شراء السفيه بعد الحجر	٢٦٠ تصرف الولي مشروط بالنبطة
٢٧٨ جواز تصرف السفيه بأذن الولي	٢٦٠ للولي القصاص والعفو على مال
٢٧٨ اطلاق السفيه مال الغير	٢٦١ لا يستحق الولي الا للضرورة ولا يطلق
٢٨٠ اقراره بالدين أو بما يوجب مالا	٢٦٢ لا ينفو الولي عن الشفعة ولا يسقط مالا الامع
٢٨٠ صحة تصرفات السفيه الغير المالية	المصلحة
٢٨١ صحة توكيله في العقد	٢٦٢ ما يجوز للولي أ كله من مال الطفل
٢٨١ السفيه في العبادات كالرعيه الا الزكوة	٢٦٦ وجوب حفظ مال الطفل واستئمانه

فهرست مبحث الحجر

صحيفة	صحيفة
٣٢٠ لو اشترى عبدا نسيته بشرط الاعاق	٢٨١ احرام السفه في الواجب والمندوب
٣٢١ لو وهب بشرط العرض ثم أفس	٢٨٣ انعقاد يمينه وجواز عفو عن القصاص
٣٢١ لو أقر بدين سابق	٢٨٣ (الرابع) من أسباب الحجر الرق
٣٢٢ لو أقر بدين وأسندته الى ما بعد الحجر	٢٨٣ منع المملوك من التصرفات عدى الطلاق
٣٢٣ لو أقر بدين	٢٨٤ حكم ما يستدينه العبد
٣٢٤ لو أقر بدين فكذبه المقر له	٢٨٧ العبد المأذون في التجارة
٣٢٤ لو ادعى أجنبي شراء عين في يده	٢٩٥ لا يقبل اقرار المأذون وغيره بالجناية والحد
٣٢٤ لو قال هذا المال مضاربة	٢٩٦ (الخامس) من أسباب الحجر المرض
٣٢٤ لو باعه شخص أو أقرضه بعد الحجر	٢٩٦ الكلام في منجزات المريض
٣٢٤ لو جنى بعد الحجر أو ألتف	٣٠١ الكلام في اقرار المريض
٣٢٥ في أجرة الكيال والوزان والحال	٣٠٢ حلول الدين بموت المدين
٣٢٥ هل له الرد باليب والفسخ بالخيار	٣٠٣ عدم حلول الدين بالحجر
٣٢٦ ليس له قبض دون	٣٠٣ كيفية تعلق الديون بالتركة
٣٢٦ لو استولد جاريته	٣٠٤ ثمرة الخلاف في تعلق الديون بالتركة
٣٢٦ لو أقر بمال وأطلق	٣٠٦ لو تصرف الوارث في التركة ثم ظهر دين
٣٢٧ لو أقام شاهدا بدين فحلف أو نكل	٣٠٧ الوارث أحق بين التركة ان أدى الدين
٣٢٧ لصاحب الدين الحال منع المديون من السفر	٣٠٨ الدية تحسب من التركة
٣٢٨ ينبغي المبادرة في بيع مال المفلس	٣١٠ (السادس) من أسباب الحجر الفلس
٣٢٩ بقية الواجبات والمستحقات لبيع ماله	٣١٠ معنى المفلس لغة وشرعا
٣٣١ لا يكلف الغرماء اثبات ائتفاء غيرهم	٣١١ الحجر على من لا مال له في المتجدد
٣٣٢ لو اقتضت المصلحة تأخير قسمة ماله	٣١١ شرائط الحجر على المفلس
٣٣٢ ما يستثنى له من أمواله	٣١٢ احتساب معوضات الدين من جملة ماله
٣٣٣ لو ظهر غريم بعد القسمة	٣١٣ يحجر الحاكم لدين المجنون واليتيم دون الغائب
٣٣٥ لو ظهر المبيع من ماله مستحقا	٣١٣ قسمة أموال المفلس في الديون الحالة
٣٣٦ لو بذلت زيادة بعد الشراء	٣١٤ استحباب اظهار الحجر
٣٣٦ عدم وجوب الاكتساب لما يبق من الدين	٣١٤ منع المحجور عليه من كل تصرف مالي
٣٣٦ هل يتابع أم ولده	٣١٦ عدم منعه من غير المالي
٣٣٦ هل تؤجر ضيعته الموقوفة	٣١٦ عدم منعه من تحصيل المال
٣٣٧ عدم توقف رفع الحجر على اذن الحاكم	٣١٦ عدم منعه من التدير والوصية
٣٣٨ بيع المفلس على الغرماء أو غيرهم	٣١٦ هل تصرفاته المالية باطلة أو موقوفة
٣٣٩ المجني عليه أولى بهبه من الغريم	٣١٨ عدم منعه من التصرف في القمة
٣٣٩ تلف المال المودع قبل القسمة من مال المفلس	٣١٩ تعلق الحجر بماله المتجدد

﴿ فهرست مبحث الضمان والحوالة ﴾

صحيفة	صحيفة
٣٣٩ من وجد عين ماله تخير بين أخذها والضرب مع الترماء	٣٨٢ أحكام الضمان
٣٤٥ لو أفلس المستأجر فلو جبر فسخ الاجارة والضرب مع الترماء	٣٨٢ في ان الضمان ناقل
٣٤٧ لو أفلس المؤجر للذابة	٣٨٣ هل للضامن الرجوع على المدين
٣٤٨ ﴿ المقصد الرابع في الضمان ﴾	٣٨٥ صحة ترامي الضمان ودوره
٣٤٨ الضمان ينقل المال من ذمة الى ذمة	٣٨٥ صحة اشتراط الاداء من مال بعينه
٣٤٩ أقسام الضمان	٣٨٧ من أدى دين غيره رجع مع الاذن لا بدونه
٣٥٠ تعريف الضمان	٣٨٩ لو صالح الضامن على الدين بأقل منه أو أكثر
٣٥١ ﴿ الفصل الاول ﴾ في الضمان بالمال من البري وأركانه	٣٨٩ أحكام الضامن لمهدة الثمن
٣٥٢ لا يصح التلطيق واشتراط الخيار في الضمان	٣٩١ ضمان درك ما يحدثه المشتري
٣٥٢ يصح اشتراط تأجيل الحال في الضمان وبالعكس	٣٩٢ لو ضمن اثنان
٣٥٦ شروط الضامن	٣٩٣ ضمان كل من المدينين ما على صاحبه
٣٥٨ ضمان الزوجة وضمان المملوك	٣٩٥ ابراء المضمون له الضامن من بعض الدينين
٣٦٠ ضمان السفينة	٣٩٦ لو تبرع بالضمان ثم سئل ثالثا الضمان عنه
٣٦١ ضمان المقتلس	٣٩٧ لو أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه
٣٦١ لو اختلفا في ان الضمان حال الاهلية	بالبينة هل له الرجوع على الاصيل
٣٦٢ ضمان المكاتب والمريض	٣٩٨ لو أنكر المستحق دفع الضامن
٣٦٢ الكلام في المضمون عنه	٤٠٠ لو ادعى قضاء الدين المأذون له فيه فأنكر المستحق
٣٦٢ لا يعتبر رضا المضمون عنه في الصحة	٤٠٣ ﴿ الفصل الثاني في الحوالة ﴾
٣٦٤ صحة الضمان عن الميت	٤٠٣ تعريف الحوالة وشروطها
٣٦٤ لا يشترط معرفة المضمون عنه بل امتياز	٤٠٦ صحة الحوالة على البري
٣٦٥ الكلام في المضمون له	٤٠٧ عدم وجوب قبول الحوالة
٣٦٥ لا يشترط علم الضامن بالمضمون له	٤٠٧ الحوالة عقد لازم
٣٦٥ يشترط رضا المضمون له بالضمان	٤٠٨ لو ظهر له قصر الحال عليه تخير •
٣٦٧ هل يشترط قبور المضمون له	٤٠٨ الحوالة نافذة للمال
٣٦٧ شرائط المال المضمون	٤٠٩ صحة الحوالة على من عليه حق مخالف
٣٧٧ صحة ضمان المجهول في الجملة	٤١٠ صحة ترامي الحوالات ودورها
٣٧٩ لا يصح ضمان ما تقوم به اليانة ونحوه	٤١١ صحة الحوالة بما لا مثل له
٣٨١ صحة الابراء من المجهول	٤١١ الحوالة بالتضمن زمن الخيار وبمال الكتابة
٣٨١ لو قال ضمانت من واحد الى عشرة	٤١١ احالة المكاتب سيده بثن البيع
	٤١٢ لو قضى الحيل الدين الحال به
	٤١٢ لو ادعى الحيل شغل ذمة الحال عليه فأنكر

صحيحة	صحيحة
٤٤٧ لو أسلم الكفيل على الحر أو أسلم أحد التريين	٤١٣ لو احتال البائع فردت السلعة بسبب
٤٤٩ لو خيف غرق السفينة فالتى بعض الركبان مناعه	٤١٧ لو احتال البائع على المشتري فتجدد الفسخ
أو أمره بعضهم بالقائه	٤١٨ لو ظهر فساد البيع بعد الحوالة بالتمن
٤٥٢ لو قال طلقها وعليّ كذا	٤١٨ لو أحال بثن العبد وصدناه على الحرية
٤٥٣ انتقال حق الكفالة الى الوارث	٤٢١ لو اختلفا في قصد الوكالة من الحوالة
٤٥٣ لو انتقل الحق عن المستحق برأ الكفيل	٤٢٣ لو قال احتلني فقال بل وكلتك وبالعكس
٤٥٣ لو أدى الكفيل الدين	٤٢٤ لو أجل القبض في الحوالة
٤٥٣ (المقصد الخامس في الصلح)	٤٢٥ لو احتال البري على مشغول الذم وبالعكس
٤٥٤ تعريف الصلح	٤٢٦ (الفصل الثالث في الكفالة)
٤٥٥ فساد الصلح المحلل للحرام وبالعكس	٤٢٦ تعريف الكفالة وشروطها
٤٥٦ الصلح أصل بنسبه	٤٢٨ صحة الكفالة حاله وموجله
٤٥٨ صحة الصلح على الاقرار والانتكار	٤٢٨ في المكفول
٤٥٩ لا يشترط في الصلح سبق الخصومة	٤٣٠ لا يشترط العلم بقدر المال
٤٥٩ لا يضر الجهل بالمصالح عليه	٤٣١ صحة كفالة المدعى عليه وبدن الميت
٤٥٩ يصح الصلح على العين والدين	٤٣١ اطلاق الكفالة يقتضي التعجيل
٤٦١ الصلح عقد لازم	٤٣١ وجوب ضبط الاجل مع اشتراطه
٤٦١ أركان الصلح وشروطها	٤٣١ التسليم في بلد العقد مع الاطلاق
٤٦٤ هل يجري الربا في الصلح	٤٣٢ جواز المطالبة بالمكفول في الحال مع عدم
٤٦٨ طلب الصلح ليس باقرار	التأجيل
٤٦٨ لو اصطاح الشريك على ان لاحدهما رأس	٤٣٢ ما يخرج به الكفيل عن العهدة
ماله والاخر الربح والخسران	٤٣٤ لو كان المكفول غائباً
٤٧١ المصالحة في التقدين ليست صرفاً	٤٣٤ لو امتنع الكفيل من احضار المكفول
٤٧١ صحة الصلح على العين والمنفعة بالجنس والمخالف	٤٣٦ لو قال ان لم أحضره فلي كذا وبالعكس
٤٧٢ (تزامم الحقوق)	٤٣٩ لو مات المكفول له
٤٧٢ حكم التصرف بالنسبة الى الطرق النافذة	٤٤٠ لو أطلق غريباً من يد صاحب الحق
٤٧٤ أحكام الطرق المرفوعة	٤٤١ لو قال الكفيل لا حق لك على المكفول
٤٨٢ حكم الجدار المخصص	٤٤٢ لا تكفل اثنان برجل أو تكفل لاثنتين
٤٨٥ حكم الجدار المشترك ونحوه	٤٤٣ لو ادعى ابراء المكفول
٤٨٧ لا يجبر صاحب السفلى ولا الملو على عمارة	٤٤٤ صحة الترامي في الكفالات
الجدار الحامل للملو	٤٤٤ لو قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه الخ
٤٨٧ قسمة الجدار المشترك طولاً وعرضاً	٤٤٥ لو قال كفلت بكده أو يده الخ
٤٨٩ بعض أحكام الجدار المشترك	٤٤٦ لو هرب المكفول أو غاب

صحيفة	صحيفة
٥٠٠ جواز جعل الخدمة عوضاً في الصلح	٤٩٠ أحكام ما لو كان المولى شخص والاسفل لآخر
٥٠١ تنازع الراكب وقابض العجام	٤٩٠ اشتراك البئر والقناة
٥٠٢ تنازع ذي الحمل على الدابة وغيره	٤٩٠ مستحق اجراء المال في ملك غيره
٥٠٢ التنازع على ثوب في أيديهما	٤٩٠ حكم السقف المشترك
٥٠٢ التنازع على القرعة	٤٩١ مستحق وضع الخشب على حائط الغير
٥٠٣ مصالحة الاجنبي عن المنكر	٤٩١ لو وجد بنائه أو نحوه في ملك الغير وجعل
٥٠٣ مصالحة الاجنبي المدعي لنفسه	السبب -
٥٠٤ لو خرجت اليه أغصان الجار	٤٩٢ عدم جواز بيع الهواء ونحوه
٥٠٥ المروق الممتدة والحائط المائل	٤٩٢ (مسائل النزاع)
٥٠٥ صحة الصلح عن المجهول	٤٩٢ لو ادعى عينا في يد آخر بسبب بوجوب التشريك
٥٠٥ صحة الصلح عن كل ما يؤخذ عنه الموضع	فصل في أحدهما تشاركاً
٥٠٦ الصلح عن القصاص بعد استحقاق أو حر	٤٩٤ لو تقابر السبب فلا تشريك
٥٠٦ لا يصح الصلح عما لا يجوز أخذ الموضع عنه	٤٩٦ لو ادعى أحدهما الدرهمين والآخر نصفهما
٥٠٧ لو تداعيا جداراً بين ملكيهما	٤٩٧ لو امتزج الدرهم والدرهمان عند الودعي
٥٠٩ تنازع صاحب العلو والسفل	٤٩٨ لو اختلط بممزج الاجزاء كالدهن
٥١٠ تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا	٤٩٨ لو اشتبه الثوبان باللكين
في الرصة	٥٠٠ جواز كون عوض الصلح السقي
٥١٢ التنازع في المسناة بين المالكين	٥٠٠ جواز الصلح على اجراء الماء على سطحه

المجلد الخامس

من

كتاب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة

أوله كتاب الدين تصنيف المولى العلامة

الحق المدقق المتبحر المقنن

السيد محمد جواد بن محمد

بن محمد الحسيني العاملي

المجاور بالنجف الأشرف

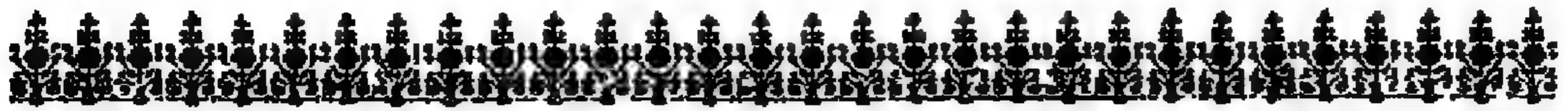
حيا ومينا قدس الله سره

آمين

• وفي هامش كل صفحة منه ما يخصها من المتن المذكور •



﴿ كتاب الدين ﴾ وتوابه وفيه مقاصد الاول في الدين وفيه مطلبان (الاول) تكره
الاستدانة اختيارا (متن)



الحمد لله كما هو اهله والصلوة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطاهرين المهصومين ورضي الله عن
علمائنا ومشايخنا اجمعين وعن رواتنا الصالحين (وبعد) فهذا ما وفق الله سبحانه بفضلہ واحسانه اليه واعان
بنته وكرمه وحسن تجارزه عليه من اجزاء (مفتاح الكرامه) في شرح قواعد العلامة اعلا الله مقامه تأليف
الاقل الاذل محمد الجواد الحسيني الحسيني عامله الله سبحانه بفضلہ في الدنيا والاخرة
﴿ كتاب الدين وتوابه وفيه مقاصد الاول في الدين وفيه مطلبان ﴾

قال في (المصباح) ابو عبيد الدين واحد الديون يقال دنت الرجل اقترضته وهو الذي يظهر من مطاوي
كلام النهاية وفي (المصباح المنير) الدين لغة الترض وضمن المبيع فالصدق والنصب ليس بدين لغة بل
شرعا على التشبيه وفي (القاموس) الدين ما له اجل والا اجل له فترض وفي (جامع الشرائع) الدين ما ثبت
في الذمة بقرض او بيع او اتلاف او جناية او نكاح او نفقة زوجة او مبيع جناية من يعقل عنه فكل
قرض دين ولا عكس (وفي الوسيلة) القرض كل مال لم في الذمة بمقد عرضين مثله الدين كل مال
لم في الذمة عرضين غير مثله وفي (جامع المقاصد) في الشرع اثنا عشر كلام زاع في المقام جد استسمعه
والاصنف جعل في الدين مطلبين ثانيهما في القرض قضيته ان الدين واقف على كل ثابت في الذمة سواء
كان قرضا ام لا وسيأتى له في الشرع اثنا عشر ما يوضح او تعبير منه المحالمة لاهنا ^{قوله} ﴿ تكره
الاستدانة اختيارا ﴾ كما في (الشرائع والغنية وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس
وجامع المقاصد والمفاتيح وهداية الحر) وهو ظاهر النهاية حيث قول لا يثبت وهل عنه في (المختلف) انه قول
يكره وهو ظاهر (الخلاف) ايضا من وجه آخر (وفيه) ايضا ان المشهور كراهية الدين مع الغنا وفي
(مجمع البرهان) ان الاكثر على الكراهية مطلقا لا ما استثنى وامل دالهم على شدة الكراهية مع الاختيار
مع عدم ما يرجع اليه اقتضائه وعدم الولي الاخبار الدالة على المنع ومعترف حالها وعلى الجواز الاصل
وحصول التراضي وآية الدين وآية الرهن واداة السلف والتسبيح وخصوص اخبار الباب مع الشهرة فجمع
بينها بالكراهية ومعنى الاختيار الغنى عنه وعدم الحاجة اليه وبما فوات الكراهية بالشدّة وضدها كما ستعرف

في كراهية الاستدانة

وتخف الكراهية لو كان له ما يرجع اليه لقضائه (متن)

ولعل مرادهم بالدين المستفاد من الاستدانة ما اشغل الذمه كما اشار اليه في (جامع الشرائع) فيدخل البيع سلفا ونسيئة بل وقد اذا لم يحضر الثمن الا ان يخص بما لا يكون حالا مقصودا اذ ان في الحال عرفا كما سمعته عن (القاموس) ويمكن ان يكون مرادهم به القرض كما هو موجود في كلام جماعة ويؤيده ما في (الصحاح) لكن الادلة باطلاقها اعم من ذلك ~~قوله~~ وتخف الكراهية لو كان له ما يرجع اليه لقضائه كما هو صريح (الدروس وظاهر التحرير) حيث قال الاولى تركه وظاهر (النهاية والسرائر وجامع الشرائع) ان لا كراهية حينئذ ولعله لما دل كما ستسمع على الجواز مطلقا غير مقيد بالحاجة ولا بامكان الوفاء ولا بالذي كان له من يقضي عنه ظنا او علما فكيف اذا كان مع احد هذه الثلاثة مضافا الى ادلة السلف والنسيئة وحصول التراضي وغيرها وقد نفي في (التذكرة) الكراهية مع الحاجة اذا كان له وفاء او كان له من يقوم مقامه في الاداء ويشهد لذلك قول الصادق عليه السلام في رواية سلمه ولا يستقرض على ظهره الا وعنده وفاء (وقوله عليه السلام) بعد ذلك الا ان يكون له ولي يقضي عنه من بعده وليس منا من يموت الاجل الله عز وجل له وليا يقوم في عدته فيقضي عنه عدته ودينه لكن هذه الرواية دلت على كمال المبالغة في الكراهية حيث دلت على ان السؤال والطواف على الابواب يتقدم على الاستدانة مع شدة ماورد في المنع عن السؤال (وأما قوله) في صحيحة معاوية بن وهب انما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك يعني عدم الصلاة على الانصاري الذي مات ليعطوا ويرد بعضهم على بعض ولثلا يستخفوا بالدين وقدمات رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه دين ومات الحسن عليه السلام وعليه دين وقتل الحسين عليه السلام وعليه دين فقد يدل على ان المنع للمبالغة ولهذا أول فعله صلى الله عليه وسلم بما ذكر ولم يذكر عدم الحاجة ولا عدم ما يرجع اليه لقضائه ولا عدم من يقضي عنه (نعم) قد استفاد من رواية سلمه ونحوها عدم شدة الكراهية مع وجود هذه الثلاثة (فليتأمل) وفعلهم صلوات الله عليهم يحتمل أحد الأمرين المذكورين في خبر سلمه أو كليهما بناء على زوال الكراهية بأحدهما مع الحاجة أو يكون لمحض الدلالة على الجواز أو رفع الشدة والحاجة الى حمله على الضرورة وشدة الحاجة كما في (التحرير والدروس وجامع المقاصد) وفي (الدروس والمفاتيح) ان الكراهية تخف أيضا اذا كان له ولي يقضي عنه وقد يلوح ذلك من (التحرير) وظاهر (النهاية وجامع الشرائع) زوال الكراهية اذا كان يعلم انه اذا مات قضى عنه واه وهو الذي فهمه من (النهاية) المصنف في (المختلف) وقد سمعت ما في التذكرة وقد اعترض في (السرائر) كلام النهاية فقال انه غير واضح لان الولي لا يجب عليه قضاء دين من هو ولي له بلا خلاف ورده (في المختلف) بأن الشيخ لم يدع وجوب القضاء على الولي وانما عول في زوال الكراهية على ما رواه سلمه وساق محل الشاهد من الرواية ورده أيضا في (الدروس) قال وكذا أي تخف الكراهية لو كان له ولي يقضيه وان لم يجب عليه فزال مناقشة ابن ادریس لان عدم وجوب القضاء لا ينافي وقوع القضا (وفيه) ان زوال مناقشة ابن ادریس بما قاله غير واضح بل بالرواية ونفي الحرج (ولهم) ان اطلاق عبارة الكتاب والدروس يقتضي كراهية الاستدانة كراهية مخففة اذا كان له ما يرجع اليه لقضائه سواء كان غنيا أو محتاجا وقد تشعربنحو ذلك عبارة التحرير وقد سمعت آثافا في (التذكرة) من نفي الكراهية مع الحاجة اذا كان له وفاء أو ولي واعتمده صاحب (جامع المقاصد) وقد يكون قيد الاختيار في المسئلة الاولى

وتزول مع الاضطرار اليه فيقتصر على كفايته وموتة عائلته على الاقتصاد ويجب العزم على القضاء (متن)

مأخوذا هنا في عبارة الكتاب ونحوها كما هو الظاهر **قوله** «وتزول مع الاضطرار اليه» كافي (السرائر وجامع الشرائع والتحرير والارشاد والدروس) وهو معنى قوله في (التذكرة) وان اشتدت زالت وهو ظاهر (النهاية) وقد يلوح من (الغنية) ودليله العقل وظاهرهم انه لما فرق بين أن يكون له ولاء أو ولي وعدمه ولم يعلم من فعله صلوات الله عليه ولا من فعلهم صلى الله عليهم انه كان للحاجة كما أشرنا اليه آنفا وقد يدل خبر سلمه على عدم زوالها بالسكاية مع الاضطرار اذا لم يكن له أحد الامرين لانه قدم فيه سؤال اللقمة والقمطين والتمرين على الدين وان أرادوا بالاضطرار خوف التلف وجبت «فأمل» وقال (الرضا عليه السلام) فان غلب عليه فليستدن على الله وعلى رسوله صلى الله عليه وسلم ما يقوت به عياله (وليعلم) انه لو تمكن من الصدقة حيث لا ولي ولا ولاء كرهت له الاستدانة وان اضطر في وجه قوي يرشد اليه خبر سلمه وفي (التذكرة) ان سؤال الناس حينئذ أولى من الاستدانة وفي (النهاية والسرائر والتحرير والدروس) ان قبول الصدقة للمستحق أولى من الاستدانة ونحوه ما يأتي للمصنف ولو خاف التلف ولا وجه له سواها وجبت كافي التذكرة وغيرها واذا توقف قضاء حاجة المؤمن مثلا مع القدرة على الاداء بسهولة وسرعة استحث واذا قصد التوسعة مع القدرة كذلك كانت مباحة واذا لم يقدر على الاداء لاحالا ولا موقلا لعدم شيء عنده وعدم قدرته على الكسب ونحوه مما يحصل به الاداء عرفا مع عدم الحاجة بالفعل وعدم اطلاع المدين على حاله حرمت وكذا مع نية عدم الاداء وعلى الاول يمكن حل قيل أبي الصلاح وأبي المسكارم بالحزمة اذا لم يكن قدرا على قضاءه والذي يقضيه النظر باعتبار القواعد ومراعاة الاخبار ان استدراج المحتاج اليه نية وعاله لا كراهية فيه مع وجود الرقابة او الولي وما عداها بكرة يبرئنا من ذلك وأخبار الدين رابع ما من صريح غير مريح كقول (الصادق عليه السلام) نفوذ بالله من ذبابة الدين وذبابة الرجال رواد الاسم أولا صحيح ولا مريح كالأخبار المروية عنه صلى الله عليه وسلم وعن أم المؤمنين والصادقين عليهم السلام (زعموا) خبر سلمه الدال على سدة الكراهة أو الابع وعلى زوالها أو ختمها مع الولي او القدرة على الاداء كما عرفت والصمغ في الهبة الذي تراجم الى الدين المستند من الاستدانة - فله نية - لا يتصرف في كفايته وموتة عائلته على الاقتصاد وفي (النهاية) وعند الضرورة لا يستدنان الامتداد حاجته اليه من نية ونية عاله وفي (السرائر) لا يستدنان الامتداد حاجته وكفايته على الاقتصاد من نية ونية عاله من يمسح عليه نية ولا يخفى ان مرتبة الكفاية والحاجة دون مرتبة الاقتصاد والاقتصاد دون مرتبة التوسعة فيحتمل أن يكون الاقتصاد في عبارة الكتاب قيدا في الامرين آخر كونه ومرتبة عياله فبراد بالكفاية حيث ان الكفاية عادة مترادف الاقتصاد وكون الاضاح ويحتمل أن يكون تيرافي الاخر فيكون المراد أنه يتصرف في الاستدانة على ما يدفع به حاجته وان لم يبلغ مرتبة الاقتصاد بالية اليه او ما بالنسبة الى عياله فيستدين ما يبلغ به مرتبة الاقتصاد ولا يتجاوز الى التوسعة (ومما) ذكره في توجيهه ان النهاية والسرائر - **قوله** «ويجب العزم على القضاء» كافي (المرامم والسرائر والتذكرة والارشاد والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمفاتيح) وهو معنى ما في (المقنع والنهاية وجامع الشرائع) من انه ان لم يتوكل سارقا وهو مضمون ما في المصوح من ان من استدان دينا فلم ينو قضاءه كان بمنزلة

﴿ كراهة نزول صاحب الدين على المديون ﴾

٥

ويكره لصاحب الدين النزول عليه فإن فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة أيام وينبغي له احتساب ما يهديه إليه مما لم تجر له به عادة من الدين والافضل للمحتاج قبول الصدقة ولا يتعرض للدين ولو التجأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته (متن)

السارق ولما كان القضاء واجبا كان العزم عليه كذلك وفي (جامع المقاصد) يدل عليه النص والاجماع وفي (المسالك) ان ذلك من أحكام الايمان وفيه نظر ظاهر (١) نعم اعتقاد وجوب الاداء من أحكام الايمان لا قصد الاداء وفعل الواجب والالكفر من اعتقاد وجوب الصلاة ولم يقصد فعلها أو لم يفعلها ولعل معنى العزم على اقتضائه يجب عليه الوفاء عند الطلب والامكان بمعنى انه يكون في قصده اذا خطر بآله ولا يفرق في ذلك بين أن يكون المدين حاضرا أو غائبا وان كان يتوهم من عبارة الشرائع خلاف ذلك ﴿ قوله ﴾ ويكره لصاحب الدين النزول عليه ﴿ للصحيح غيره واجماع (الغنية) ولما فيه من الاضرار وبه صرح في (النهاية والسرائر والتذكرة) وغيرها والضمير راجع الى المديون وان لم يجز له ذكر ﴿ قوله ﴾ فان فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة أيام ﴿ كما في ﴾ (النهاية والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمفاتيح) للموثق وغيره واجماع الغنية وعن أبي الصلاح انه يحرم الزائد وفي رواية سماعة لا يأكل من طعامه بعد ثلاثة أيام وهو محمول على الكراهة الشديدة ﴿ قوله ﴾ وينبغي له احتساب ما يهديه مما لم تجر له به عادة من الدين ﴿ كما في ﴾ (النهاية والسرائر وجامع الشرائع) وغيره لامر أمير المؤمنين عليه السلام بذلك وهو على الاستحباب قطعا لان المدينة يجوز قبولها مطلقا كما في (جامع المقاصد) وفي (الدروس والمفاتيح) يسمى له احتساب ما يهديه لا سيما وقد ورد في ذلك الموقوف ومفهوم الخبر أن كان يملك قبل أن تدفع اليه ماله فأتى فخذ منه ما يملك وفي (الغنية) الاجماع على كراهية قول هديته لا يبل الدين وعلى ان الاولى اذا قبالا الاحتساب به من جهته اعلمه حديث ﴿ قوله ﴾ يكره للمدين ان يجرى الى الحرم لم يجرى الى الحرم ﴿ كما في ﴾ (السرائر والتذكرة وجامع المقاصد والتحرير والدروس) ومعنى الاداء انه دخل اليه متسارعا وخارجا من المطالبة وعليه حمل في (السرائر) عبارة النهاية حيث قال في (النهاية) اذا رأى صاحب الدين المدين في الحرم لم تجز مخاطبته ولا ملازمته ونحوه ما حكى عن علي بن بابويه اذا كان على رجل حين فرجه بمكة أو في الحرم فلا يطالبه ولا تسليم اليه فشرعه الا أن تكون أعطيته من قبل في الحرم فلا بأس أن يطالبه في الحرم والى في (السرائر) وما ذكره وأورده شحنا في (نهايته) يجب أن يعمل المدين صاحب الدين طالب المدين خارج الحرم ثم هرب منه وانجأ الى الحرم فلا يجوز لصاحب الدين مطالبته ولا افراعه فاما اذا لم يهرب الى الحرم ولا اتجأ خوفا من المطالبة بل وحده في الحرم وهو على ما قاله مؤسريه فله مطالبته وملازمته (وقول ابن بابويه) الا أن تكون أعطيته حتمك في الحرم فلك أن تطالبه في الحرم يلوح بما ذكرناه وبه على ما مر من ما روى صحيحا لو رد ورود أمثاله متواترا والصواب بما رووه والمسلمون في جمع الاعصار يتحاكمون الى المحاكم

« ١ » مراده على الظاهر انه من لوازم الايمان ومقتضياته لمن عمل بمقتضاه ونه مقتضى الايمان بالله تعالى العزم على فعل الطاعة وترك المعصية ولا يستأنز ذلك ككفر من خالف هذا المقتضى كما لا ينبغي (محسن الشريعة الهادي)

أما لو استدان فيه فالوجه الجواز ويجب على المدين السعي في قضاء الدين (متن)

في الحرم ويطالبون الغرماء بالدين ويجبس الحاكم على الامتناع من الاداء الى عصرنا من غير تناكر بينهم في ذلك واجماع المسلمين على خلاف ذلك ووافق ما اخترناه وهذا معلوم ضرورة أو كالضرورة الى آخر ما قال وهو صريح التحرير أيضا ولكن في (الفنية) الاجماع على انه لا يحل له المطالبة على حال وعلى هذا فيحمل ما في (السرائر) على سيرة المخالفين لانه من يوم مات صلى الله عليه وآله لم يكن لنا قضاة ولاحكام « فتأمل » وفي (جامع الشرائع) ولا يطالبه في الحرم ولا يسلم عليه فيه لثلاث بروضه حتى يخرج وقد يحمل كلامهما على ما حمل عليه كلام النهاية (١) وفي (المختلف) تكره المطالبة ان أدانه خارج الحرم وان أدانه فيه لم يكرهه في (الدروس) انه قول تادر وألحق القاضي والتقي مسجد النبي صلى الله عليه وسلم والمشاهد المشرقة بالحرم وهو الموافق للاعتبار وقال جماعة انه يضيق عليه في المطعم (المأكول) والمشراب بأن يمنع من أسباب النقل وقد تقدم مثله في باب الحج فيمن التجأ الى الحرم وعليه حد أو تمنع برأو قصاص وتعام الكلام في المطالبة يأتي انشاء الله في الفرع السادس ~~قوله~~ ~~قوله~~ (اما لو استدان فيه فالوجه الجواز) كافي (التذكرة والايضاح وجامع المقاصد) وهو الذي سمعته عن علي بن بابويه وقد سمعت ما في (السرائر) وهو ظاهر كل من قال ولو التجأ الى الحرم لم تجز مطالبة لان المستدين في الحرم احد قسمي غير الملتجئ ودليله ان سبب المطالبة وهو الاستدانة قد تحقق في الحرم وانه لولاه لزم الحرج لافضائه الى منع المداينة في الحرم لان المدين اذا علم منه من المطالبة امتنع من (عن خ ل) الادانه وفي ذلك ضرورة وتصيق على الناس ولان الجناية الواقعة في الحرم تجوز المطالبة بها والدين اولى لانه اخف فتأمل ~~قوله~~ ~~قوله~~ (ويجب على المدين السعي في قضاء الدين) كافي (النهاية والسرائر) وظاهر اطلاقهم وجوب السعي حتى بالتكسب وهو الموافق لما في (الوسيلة وجامع الشرائع والمختلف واللمعة والروضة وجمع البرهان) حيث قيل فيها امر بالاكتساب وفي (الدروس والروضة) انه يجب عليه التكسب بما يليق به أي بالمدين ولو كان باجارة نفسه وعليه تحمل الرواية عن امير المؤمنين عليه السلام واستحسنه في (المسالك) وقواه في (جامع المقاصد) كانه يوافق ما حكى عن عميد الدين انه يجب على المدين السعي اذا جرت عادته بالسعي وكذا لو لم تجز عادته اذا لم يستضر وقد تحمل (عبارة الكتاب والنهاية والسرائر) على غير السعي بالتكسب كان يوأجر دار غلته الموقوفة عليه ودابته كذلك وام ولده الموقوفة عليه على تأمل في ذلك لان في المبسوط في موضعين منه (والخلاف والسرائر والشرائع والتذكرة) في موضعين منها (التحرير والتبصرة) وفسل الكتاب وظاهر (الارشاد) انه لا يجب عليه التكسب ولا بجهر عليه وهو (خيرة غاية المرام والكفاية) بل صرح في اكثر هذه انه لا يجب عليه قبول الصدقة وانوصية ولا القرض ولا تجبر المرأة على التزويج لتقبض المهر وتفي الدين ولا هو على خلع زوجته ولا على

(١) وان أبقى على ظاهره كان مسنده اقوله جل شأنه ومن دخله كان آمنا فانه يقضي بطلان سببية المطالبة وهي الاستدانة لكونه في الحرم وفيه انه اذا لم يستحق المطالبة حين القرض لم يستحقها أصلا لا تنفاس سبب آخر يقتضيها ثم انه ليس التمسك بهذا العموم في هذا المراد بأولى من التمسك بعموم النصوص الدالة على استحقاق المطالبة بالدين والاجماع المنعقد على ذلك خرج منه ما اذا التجأ وبقي الباقي مضافا الى ما استسمع عن قريب (منه قدس سره)

وترك الاسراف في النفقة بل يقنع بالقليل (١٠٢٦)

الاحتشاش والاحتطاب والاصطياد والاغتنام والتلصص في دار الحرب وقتل الابطال وسلب ثيابهم وسلاحهم وقد نفى الخلاف عن ذلك كله الشيخ في (المبسوط) (١) وفي (التذكرة) (او جنى عليه او على عبده جان لا يجب عليه ان يعفو على مال وفي قصاص) (المبسوط والتحرير والارشاد والمسالك) (ان له العفو مجانا وفي) (غاية المرام والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية) (ان المشهور انه لم يجوز (يجب خ ل) دفعه الى غرمائه ليستعملوه وفي (الفنية وظاهر السرائر) الاجماع على ذلك والمشهور كما في (المسالك والكفاية) (انه لا يجوز الزامه وموآجرته وهو كذلك وقد طفت عباراتهم بذلك وذلك نوع من التكسب كما هو ظاهر جماعة كثيرين كالشيخ في (الخلاف) وابن زهره في (الفنية) والمصنف في (المختلف) والشهيد في (اللمعة) حيث جعلوا المستثنين من سنخ واحد وهو كذلك الا ان تقول ان الزامه ومطابته وموآجرته واستعماله غير وجوب التكسب عليه واجباره عليه قلت هو كذلك بالنسبة الى غير الاخيرين وفي (التذكرة) (الاجماع على عدم جواز مطالبته وملازمته وجسه ولم يتعرض لموآجرته لكنه يظهر من بعضهم في كتاب القضا الفرق بين وجوب التكسب وبين تسليمه الى غرمائه ليستعملوه ويتسلطوا على منافعه باجارة او نحوها وقد استوفينا الكلام هناك اكل استفاء (حجة) القائل بوجوب التكسب عليه لقضاء الدين (ماروي عن علي عليه السلام) طريق السكوني انه كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال اعطي الغرماء وان لم يكن دفعه الى غرمائه فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم ان شئتم فأجروه وان شئتم استعملوه وهو يدل على وجوب التكسب في وفاة الدين وأن قضاء الدين واجب على القادر مع المطالبة والتكسب قادر ولهذا يحرم عليه الزكاة لان المانع تجري مجرى الاعيان وحينئذ فهو خارج من الآية وانه يلزم الضرر والافساد ولم يوجب عليه التكسب وان فتح باب عدم الوجوب يلزم فساد كثيرة (وحجة القائل بالعدم) لاصل وظاهر الآية وخبر غيث بن ابراهيم عن الباقر والصادق عليهما السلام ان عابا عليه السلام كان يحبس في الدين فاذا تبين له افلاس الرجل وحاجته خلى سبيله حتى يستفيد مالا واستعدت امرأة على زوجها عند امير المؤمنين عليه السلام انه لا ينفق عليها وكان زوجها معسرا فبي ان يجسه وقال ان مع المعسر يسرا ولو كان التكسب واجبا لأمره به ولم ينفق لا تجري مجرى المال في جميع الاحكام وروى ابو سعيد الخدري عن طريق العامة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال خذوا ما وجدتم ايس لكم الا ذلك ولما حصر على ما لم يزد على بيع ما له والشهرة تجر ما هلك من ضعف وقد رد في (السرائر) خبر السكوني بانه غير صحيح ولا مستقيم لانه يخالف لاصول مذهبنا وحكم النزيل (وفاستوفينا الكلام) في هذه المسئلة واطرافها في ابانها ووجهنا بين الاخبار وتلقا جمع الاولين وبيننا الحال بما لا مزيد عليه وما ذكرناه في المقام نبذة من ذلك على حسب ما اقتضاه المقام وقد تقدم في المكاسب ان الواجب منها ما يحتاج اليه لقوته وقوت عياله ولا وجه له الا الاكساب ويأتي بعض الكلام في باب المجلس  قوله  وترك الاسراف في النفقة بل يقنع بالقليل

(١) وفي قصاص السرائر والشرائع والتحرير والارشاد والمختلف والروضة والمسالك ومجمع البرهان بانه اذا مات وعليه دين يجوز لورثته الفصا وان لم يضموا الدين للغرماء وهذا ياسب ونحن فيه ايضا (مفدس سره)

ولا يجب ان يضيق على نفسه ولو طول بوجوب دفع ما يملكه اجمع عدى دار السكنى وعبد
الخدمة وفرس الركوب وقوت يوم وليله له ولعياله ان كان حالا (متن)

ولا يجب ان يضيق على نفسه (ولعله اراد ما في الوسيلة من انه يأمر بالاكتساب والاتفاق بالمعروف على
نفسه وعياله وصرف الفاضل في الدين ونحوه ما في (جامع الشرائع) من انه يقتصد من دون صرف
ولا تقتير وما فضل لدينه وفي (التحرير) يجب عليه ترك الاسراف في النفقة ويقتصد بها
ولا يجب عليه التقتير ومثله ما في (الدروس) مع زيادة ان الاقرب انه يستحب له التقتير اذ ارضى عياله
ولعل المراد بالاعتقاد في الكتب الثلاثة هو المراد من قول المصنف بل ينع بالقليل فيكون الممنوع
منه التوسعة التي هي فوق الاعتقاد وان لم يعد اسرافا وبهذا تندفع المخالفة بين مفهوم تحريم الاسراف
والقناعة بالقليل اذ مفهوم الاول حل ما عداه ومفهوم الثاني تحريم ما سواه ويعد ان يراد بالليل الليل
الذي يسد رمقه بالنسبة الى نفسه وان كان بالنسبة الى عياله يراعى الاعتقاد لكن في (النهاية) ينبغي ان
يتقنع بالقصد ولا يجب عليه ان يضيق على نفسه بل يكون بين ذلك قواما ومثله ما في (السرائر) غير انه
ابدل يتقنع يتوسع وفي (جامع المقاصد) لذي يقتضيه الظن وجوب الكف عما عدى المستغنى له من قوته وقوت
عياله بالمعروف ولا يجب عليه ان يتنع بما دون ذلك ~~قوله~~ ولو طول بوجوب دفع ما يملكه
عدى دار السكنى وعبد الخدمة وفرس الركوب وقوت يوم وليله له ولعياله ان كان حالا (كما في) التذكرة
وجامع المقاصد (مع زيادة ثياب بدنه في الاخير وهو الظاهر من (التذكرة) في اثناء عباراتها واقتصر
في (النهاية والوسيلة وجامع الشرائع) على استثناء الاولين فقط وفي (السرائر والتحرير والدروس)
على استثناءهما واستثناء قوت يوم وليله له ولعياله ولم يذكر فرس الركوب ومنسجم ان في الغنية الاجماع
عليه نعم زاد في الدروس باب البدن وفي (التذكرة) الاجماع على انه لا يجوز بيع دار السكنى ونسب
الخلاف في الحادى الى العامة وظاهره اتفاقنا على استثناءه قلت والمصوص متصافرة باستثناء دار السكنى
وحسنة الحلبي دالة على استثناء الجارية وستسمع ما في (المبسوط والغنية) من الاجماع وقال الصدوق
كان شيخنا محمد ابن الحسن رضي الله تعالى عنه يروي انها ان كانت الدار راحة يكتفي صاحبها بعصا
فعله ان يسكن منها ما يحتاج اليه ويقضى بقيتها دينه وكذلك ان كفته دار بدون ثمنها باعها واشترى
بثمنها دارا يسكنها ويقضى ايضا بالثمن دينه وفي (الروضة) لو رادت هذه الاشياء في احد الوصفين
يعنى الكم والكيفية وجب الاستبدال والاعتقاد على ما يليق بحاله وانه لو احتاج الى المتعدد استتي
كالنجد ومنع في (التذكرة) من بيع الدار والحادى وتكليفه شراء ادون منها واستند الى الاصل وعموم
النهي عن بيع هذه الاشياء وقل ان كان في دار سكناه فضة يستغني عنها وجب بيع تلك الفضة لعدم
الضرورة والحديث مسنده ونص على الاخير جماعة منهم صاحب الجامع (وفي جامع المقاصد) لو كانت ثياب
بدنه ~~واسا~~ لا يقه بحاله لم يجب بيعها وان قوت اليوم والليل له ولعياله بالاعتقاد من غير تفاوت
بينه وبينهم هذا كلامهم في باب الدين والظاهر عدم الفرق بين المملوك وغيره من المدينين في اكثر
هذه كما في (مجمع البرهان) واما كلامهم في باب المملوك ففي (المبسوط والغنية) الاجماع على انه لا تباع
داره التي يسكنها ولا خادمه الذي يخدمه وزاد في (الغنية) الاجماع على عدم بيع داته التي يجاهد
عليها ولم تذكر فرس الركوب في غير فاس (التذكرة والارشاد وجامع المقاصد والروضة) كالمبسوط

﴿ في مستثنيات الدين ﴾

وغيره (نعم) ذكر فيه في غيره زيادة على الدار والخادم ثياب بدنه كما في (المبسوط) وغيره وثياب تجملته كما في (الارشاد والمختلف والمعة) وغيرها وكسوته كما في (الشرائع) وحكي عن ابي علي انه يستحب ان لا يطلب الغرماء بيع الدار والخادم وثياب التجمل وفي (المبسوط) ايضا يجب ان يكسى ويكسى جميع من يجب عليه كسوته من زوجته واقاربه اجماعا وقد رها ما جرت به عادته من غير صرف وقد حد ذلك بقميص وسراويل ومنديل وحذاء لرجله وان كان من عادته ان يتغسل دفع اليه طيلسان وان كان بردا شديدا زيد في ثيابه محشوة واما جنبها فانه ايضا يرجع فيها الى عادة مثله من (مع خل) الاقتصاد ونحوه ما في (التذكرة) وفي (المبسوط) ايضا انه لا خلاف في انه يجب عليه ان ينفق عليه وعلى من يجب نفقته من اقاربه وزوجته ومما يليه من المال الذي في يده ولا يسقط عنه نفقة واحد منهم وقال في (الكفاية) انهم قالوا انه يجري عليه نفقته ونفقة من يجب عليه نفقته وكسوته ويتبع في ذلك عادة امثاله الى يوم قسمة ماله فيعطى هو وعياله نفقة ذلك اليوم انتهى وفي (التذكرة) لا يزيد على نفقة ذلك اليوم لانه لا ضبط بعده وفي (المسالك) لافرق في هذه المستثنيات بين كونها عين مال بعض الغرماء وعدمه عندنا وظاهره الاجماع واستشكل في (التحرير) فيما اذا كانت الدار والخادم عين مال بعض الغرماء وينبغي ان لا تباع ولا تدفع ام الولد في ثمن رقبته اذا كان محتاجا اليها للخدمة ويكون هذا مستثنى من الرجوع في العين ومن يبيعها في ثمن رقبته وفي (التذكرة) ان كل ما يترك له اذا لم يوجد في ماله اشترى له لقوله صلى الله عليه وسلم (ابدا بنفسك ثم بمن تعول) ومعلوم ان فمن يعوله من يجب نفقته عليه فيقدمون لانهم يجرون مجرى نفسه لان النفقة لحياتهم وقال جماعة منهم المصنف في (التذكرة) اذا كانت هذه المستثناة رهنا جاز بيعها كما لو باشر بيع هذه الاشياء باختياره فانه يجوز قبض ثمنها ويشير المصنف الى بعض ذلك قالوا ولا يترك الفرش والبسط بل يباح بالبدل والحصر القليلة القسمة وقال في (التذكرة) اعتبار ما يليق بحاله في حال افلاسه لا في حال ثروته ولو كان يلبس دون اللائق بحاله في حال الثروة فقيرا لم يزد عليه (اذا عرفت هذا) فاعلم ان المعظم اهلوا استثناء الكسوة في باب الدين ومن ذكر الكسوة قائما ذكرها بثياب بدنه والبدن مما لا يناول كسوة عياله وذكروا في باب الدين استثناء قوت يوم وليه وله لعياله واستثنا في باب الفلاس هم يوم القسمة لا غير قالوا ويجري عليه نفقته مدة الحجر ونفقة من يجب عليه نفقته الى يوم القسمة فيعطى نفقة ذلك اليوم خاصة والجمع ممكن هين ولم اجد نصا ولا فتوى في استثناء كتب العلم الا ما قاله المولى الاردبيلي انهم قد يستثنون بعض الامور المحتاج اليها غالبا مثل الكتب العلمية لاهلها (نعم قد يقال) اذا كان قاصيا في بلدنا عن الكتب ولا يمكنه القضاء بدونها يمكن استثنائها كما قلناه يرتد اليه قوله في (التذكرة) ان شرط الاخذ عندنا ان لا يكون مما يحتاج اليه المفلس في ضروريات ما شبه انتهى فتأمل فيه (روى) المتابعين الثلاثة عن المعلى قال قلت لابي عبد الله عليه السلام ان علي دينا وانظله ان يعورني وقال لا يتام واحاف ان يمت ضيعتي بقيت ومالي شيء فقال لا تبع ضيعتك ولكن اعط بعضا وامسك بعضا ونحوه خبر الحظ والوسعة وقد يحملان على عدم الطلب المضيق اذ قد لا يكون الايتام ولي يطلب على الضيق بل ينفق عليهم بالتدريج فلا يتأنيان كلام الاصحاب وقد يستبعد استثناء مثل الفرس والخادم والخادمين اذا احتاج اليها وثياب التجمل دون قوت اكثر من يوم وليه ولا وجه له لان المدار على ما كان من ضروريات معاشه وبه دوام مائه وحياته وعدم اذلاله ومهاذاته وما زاد على نفقة اليوم واليلة ليس له حدير رجوع اليه كما اسمعنا له عن (التذكرة)

وعند حلول الأجل مع المطالبة ان كان مؤجلا ولا تصح صلاته في اول وقتها ولا شيء من الواجبات الموسعة المتأفية في اول اوقاتها قبل القضاء مع المطالبة وكذا غير الدين من الحقوق كالزكاة والحس (متن)

هذا ولو انه تبرع واعطى هذه المستثنيات في الدين فالظاهر انه يجوز له ذلك ويبرء كائن على المولى الاردبي لكنه امر بالتأمل وهذا حديث اجمالي وتام الكلام في محله **قوله** **﴿**وعند حلول الأجل مع المطالبة ان كان مؤجلا **﴾** اعاد ذكر المطالبة بعد العهد **﴿**قوله **﴿**ولا تصح صلواته في اول وقتها ولا شيء من الواجبات الموسعة المتأفية في اول اوقاتها قبل القضاء مع المطالبة وكذا غير الدين من الحقوق كالزكاة والحس **﴾** كما صرح بذلك في (السرائر والمختلف والتذكرة ومجمع البرهان) واستدل عليه في الاول بان قضاء الدين واجب مضيق واداء الصلوة في اول وقتها واجب موسع وكل شيء يمنع من الواجب المضيق فهو قبيح بلا خلاف من محصل وفي (الوسيلة) ان الحال يلزم قضائه متى طال به صاحبه مع فقد العذر والعذر الاعسار ودخول وقت الصلوة حتى يخرج من ادائها والاصحاب في باب الوكالة وغيره جعلوا العذر الشرعي ما اذا كان يصلي فطالبه او ضاق الوقت فتشاغل بالصلوة والعذر العرفي ما اذا كان في الحمام او كان يأكل ونحوه وقد جعل المصنف هنا وفي (التذكرة) الزكاة والحس كالدين وان لم يطالب بها الحاكم لان اربابها في العادة مطالبون وكذلك الدين لمير العالم واحترز بالمنافية عن الصلوة ومن اقوى ما يستدل به على بطلان صلواته في اول وقتها ان اداء الدين مأمور به على الفور ولا يتم الا ترك العبادات وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وما وجب تركه ففعله معي عنه والنهي في العبادات يقتضي اتمامها ولا ريب في التوقف المذكور لان وجود احد الضدين يتوقف على انتهاء الآخر فعلا وان كان الصدم سريعا والمراد بعد فرضه ضدا والقول بنفي التوقف مخالف لما عليه القوم اجمع لان عدم المانع من جملة الملل كما قاله ملا ميراثم ان ارادة احد الصدين مصادرة لارادة الصدم الاخر صرح به في التشرح الجديد للتحريم من العمل متوقف على ارادته ففعل الصدم متوقف على ارادته المتوقفة على اتمام ارادة الصدم الاخر وهو المراد بالصارف في كلام القوم فمنع توقف فعل الصدم على الصارف عن الاخر كما وقع لجملة يصادم الاصول المقررة (وقد اعترض) جماعة بمنع كون ترك الصدم مقدمة للمأمور به بل هو من المقاربات الالهية فلو كان ترك الصدم مقدمة لعمل ضده لكان القول بان فعل الصدم مقدمة لترك صدمه اولي بالادعاء ولما كان مستاتا توم التوقف هو المتأثرة بالاتفاقية حصل الاستنباه في المقامين مع انه محال وغرضهم من الصورة النامية الاسارة الى لزوم نسبة الكمي ووجه كونها اولي لاداء ان فعل ادمح مستلزم ترك الحرام لا يترك عنه مما يجبي على مدعاك ان يكون فعل المباح مقدمة لترك الحرام بالاولوية ولا كذلك ترك العبادات مثلا فانه لا يستلزم اداء الدين بل كثيرا ما يترك الصدم الخامس ولا يؤثر في المأمور به وان خبير بان الاسلام غير التوقف وفرق تام بين كون وجوب المدة للتوصل وكونه حودها للتوصل وقد حصل لهم الاستنباه في المقامين (بيان ذلك) اما يقول ان فعل المباح وان استلزم ترك الحرام لكنه ليس مدة له وليس ترك الحرام متوقفا عليه فان ترك الحرام قد يتخلف عن جمع الافعال مع وجود الصارف ان كانت الاكوان باقية مستغنية عن المؤثر ان لم تقل بان الكون الباقي يوصف بالاباحية وان قلنا بوصفه بها كما يوصف السكوت المستمر في المكان المنصوب بالحركة لم يتجه ذلك الاعلى وجه

آخر وان قلنا بهدم البقاء او الاحتياج كل ترك الحرام مقارنا لفعل ضد من اضداده من حيث انه من لوازم وجود المكلف وانه لا يتلوه وهذا بخلاف فعل المأمور به وهو اداء الدين فانه لا يتخلف عن ترك الضد وهو العبادة وهي مقدمة له كما عرفت وان لم يستلزمه وجودا فنشاء الخطا والاشتباه عدم الفرق بين الاستلزام والتوقف وعدم الفرق بين كون وجوب المقدمة لتوصل او وجودها فنظر الجماعة المذكورين الى الوجود لا الوجوب كما سيتضح وما قالوه من انه محال بمقتضى امرين (الاول) انه يلزم الدور (وفيه) ان المقامين متغايران وقد تعرض اهل الاصول لبيان قياسه على الحركة والسكون لوجه له لانهما تقيضان وكلاما في الضدين اللذين ترك احدهما مقدمة لفعل الآخر (الثاني) ان يكون المراد ان ترك الضد كما هو مقدمة لفعل الضد الآخر على دعواك ففعل الضد الآخر ايضا علة لترك هذا الضد وقد عرفت ان فعل الضد في الغالب ليس مقدمة ولا علة لترك الضد الآخر هذا (والتحقيق) ان شبهة الكسبي لا تندفع الا بالتزام ان المباح واجب تخيرا مباح عينا لان مقدمة ترك الحرام امر (قد رخص ل) مشترك بين وجود الصارف الذي هو عدم التصور والشوق والارادة وبين فعل مباح والمفروض ان التكليف بترك الحرام مستتر بالتكليف الناشئ من قبله بالقدر المشترك كذلك (نعم) لو اقطع وجوب ذلك القدر كما في خصال الكفارة لا تقطع وجوب تلك المباحات بوقوع بعض افراد ذلك القدر المشترك وما نحن فيه ليس كذلك (الا ان نقول) ان الواجب التخييري لا يسعى واجبا تخيريا الا فيما لا يمكن ان يكون لخصاله التي هي امور اختيارية بدل غير اختياري (وفيه) ان ترك تزويج احدي الاختين اي احدي التركين واجب مع انه يمكن ان لا يكون هناك شوق اصلا الى شيء منها ومعلوم ان الشوق غير اختياري فيلزم ان لا يسعى ذلك واجبا تخيريا فتأمل جيدا (وكيف كان) فقل منشأ توهم النافين للتوقف فيما نحن فيه ما اشرنا اليه آفا من انهم نظروا الى ان ترك الضد كثيرا ما يتخلف عن فعل ضده فظنوا ان لا مدخلية لترك الضد في فعل ضده والا فكيف يدعى ان تركه ليس الا لفعل ضده مع ما تراه من انه يترك هذا الضد ولا يوقى بالآخر وظنوا ان مقدمة الشيء هي ما يتوقف عليه الفعل في نظر المكلف مع قنطه لكونه مما يتوقف عليه (واما) مع وجود الصارف عن المأمور به وعدم حصوله في الخارج فلا يتحقق واجب في الخارج فلا توقف ثم سررا الكلام الى حال الاستتال والتفطن وانكروا التوقف (وفيه) ان عدم قنطه للتوقف لا يقضي بعدم التوقف في نفس الامر مع انه حارفي سائر المقدمات (ومما ذكر) يعلم حال ما اجيب به عن الدليل المذكور من ان وجوب المقدمة توصلي والوجوب كذلك يقتضي اختصاصه بحالة الامكان ومع وجود الصارف عن فعل المأمور به لا يمكن التوصل اليه بترك الضد اذ انت خبير بان اختيار الصارف بالاختيار لا ينافي امكان تركه واختيار الفعل والتوصل اليه بالمقدمة كما في تكليف الكافر بالعبادة اذ هو مكلف بالواجب وبمقدماته مضافا الى ما يلزم هذا القائل من انه يجري في كل واجب لغيره فيقال وجوب الوضوء للصلاة يختص بحال امكان الصلاة ومع وجود الصارف عنها لا معنى لوجوب الوضوء ولم يقل به احد بل يلزمه ان يقول ان وجوب كل شيء مخصوص بحال امكانه ومع وجود الصارف عنه ينتفي وجوبه ونحوه ما قيل من ان دليل وجوب المقدمة لو سلم فانما هو في حال ارادة الفعل واذا وجد صارف عنه لم يكن مريدا للفعل فلا يلزم تكليف ما لا يطاق او خروج الواجب عن كونه واجبا (وفيه) ان الدليل يدل على الوجوب في حال امكان الارادة ولا يشترط فعليتها نعم وجودها لا بد وان يكون في حال الارادة وهو غير ما نحن فيه (وربما اجيب) بان وجوبها ليس

أصلها وإنما هو تبعي وهو غير نافع للمستند لأن ما وجب تركه تبعاً لا يكون فعله متبوعاً عنه لعدم العقاب على ترك المقدمة لأنه ليس مطلوباً لذاته ولهذا لم تثبت له أحكام الواجب الأصلي لأنه يجتمع مع الحرام (وفيه) أن معنى قولنا أن وجوبها تبعي أن وجوب ذهابها يحصل من الأمر به ووجوبها يحصل من العقل وهو من أدلة الشرع فهذا خطأ بأن أصلياً للشارع أحدهما لفظي والآخر عقلي ومقتضى قواعدهم وحججهم أنها واجبة شرعاً وأن الوجوب الشرعي لا يجتمع مع الحرام (أما الأول) فلو كان مراد القائلين بوجوبها وهم إلا كثر غير المعنى الشرعي لم يكن هناك خلاف ولا نزاع لأن الثاني لم ينفك إلا المعنى الشرعي كما هو واضح وما وجب شرعاً تبعاً أو أهالة كان تركه حراماً متبوعاً عنه لكن العقاب في التبعي على ترك متبوعه على المشهور لكننا نحن قد نفرق بين المقدمات كما ستسمع (وأما الثاني) فلا تفاق علمائنا على عدم جواز اجتماع الأمر والنهي في شيء واحد شخصي ومعناه أن ما أمر به لا يتصور أن يقع على وجه يكون حراماً بحيث يقع الامتثال سواء قلنا بقاء التكليف وعدمه لا ما توهمه صاحب المعالم من أن امتناع اجتماع الأمر به والمنهي عنه إنما هو على تقدير بقاء الوجوب بعد الفعل وما استندوا إليه من قطع المسافة على الوجه المحرم لا وجه له لأنه إذا انحصر القطع في الوجه المحرم كانت مقدمة الواجب المشروط لا المطلق وكذا إذا لم ينحصر واختار القطع على الوجه المحرم وليست في الصورتين مقدمة للواجب المطلق حتى تكون واجبة وحراماً كما نسب ذلك إلى القائلين بوجوبها صاحب (المعالم) وبعض من تأخر عنه مع أنه خلاف ما صرحوا به واقضته قواعدهم لأنهم يقولون بأن المقدمة الواجبة ليست إلا القطع بالنحو السابق ولا يجوز القطع بالنحو الحرام فإذا عصى المكلف ما رخصه واجبا مشروطاً وهذا القطع بالنسبة إلى حجة مقدمة الواجب المشروط وكذلك الحال في اتخاذ الغريق على الوجه المحرم إذا الواجب عليه إلا قاذ على الوجه السابق الحلال لكنه لما عصى حصل الغرض فظن أنه أمثل وليس كذلك بل هو عصى أن حصل الغرض (وفيه) أن الخصم لا يريد أكثر من هذا فتأمل جيداً والقول بأن المقدمة تنافي قطع المسافة أي الأمر السكلي من حيث هو من دون خصوصية الفرد المخصوص من القطع لا يدفع ضيقاً لتحقيق القدر المشترك في ذم الحرام (فليتدبر) فقد تحصل أنها واجبة شرعاً كإثبات الواجبات الشرعية لا يجتمع مع الحرام أقصى أهالك أنه لا يترتب عليها ثواب ولا على تركها عقاب على المشهور لأنها لم تنجب لنفسها وإنما وجبت لغيرها لكننا قد نفرق بين المقدمات التي هي ترك أضداد وغيرها فنقول بترتب العقاب على ترك الأولى فإذا صلى ولم يقض الدين كان معاقباً على فعل الصلاة فليلاحظ هذا والمحقق الثاني في (جامع المقاصد) لم يلتفت إلى هذه الأجوبة لشدة وهنها (فأجاب) عن الدليل المذكور بأننا لا نسلم أن الواجب الموسع يكون تركه مقدمة لواجب مضيق لأنه لم يبق عليه دليل وظاهر الأمر الواردة به الإطلاق في جميع وقته إلا ما أخرجه الدليل (ثم اعترض) بأن وجوب قضاء الدين على الفور يتنافى وجوب الصلاة في الوقت الموسع لأنه حين وجوب الصلاة إذا تحقق وجوب القضاء على الفور يلزم تكليف ما لا يطاق وإن لم يبق وجوب القضاء خرج الواجب عن كونه واجباً (وأجاب) بأننا لا نسلم وجوب تكليف ما لا يطاق إذ لا يمنع أن يقول الشارع أوجبت عليك كلاً من الأمرين لكن أحدهما مضيق والآخر موسع فإن قدمت المضيق فقد امتثلت وسدلت من الأثم وإذا قدمت الموسع فقد امتثلت وأثمت بالخالف في التقديم (والحاصل) أن الأمر يرجع إلى وجوب التقديم وكونه غير شرط في الصحة والامتناع مع انتفاءه بتضييق الوقت فإنه أن بقي الوجوب لزمه ماسبق وإن خرج لزم خروج الواجب عن صفة الوجوب مع أنه لا دليل على الترجيح إذا هما واجبان

مضيقان قد تناحضا فلا بد من خروج أحدهما عن صحة الوجوب لتلا يلزم المحذور والدلائل تدل على خلافه ومع تسليمه فلا دليل يقتضي خروج واحد منهما من الصلوة في (من خ ل) أجزاء الوقت للحق المضيق فالحكم بصحة الصلاة في آخر الوقت أيضا باطل لأنه يستلزم الترجيح بلا مرجح ولا تقاضه بمناسك يوم النحر فإن الترتيب فيها واجب ولو خالف اجزئت عن الواجب الذي في القمة وإنما يجزئ لو كانت واجبة مع عدم الترتيب لا متناع اجزاء غير الواجب عن الواجب وإنما يعقل الوجوب على التقديرين والتأنيق على تقدير واحد بخصوصه بناء على ما قدمناه فلو كان وجوب شيء يقتضي إيجاب ما يتوقف عليه وإن كان مقابله (في مقابلة خ ل) واجبا لا متناع الاجزاء هنا وفي كل موضع أشبهه وقل إن هذا من غوامض التحقيق (وفيه) على أن الأمر بقضاء الدين عند المطالبة معارض للأوامر المطلقة المتعلقة بالعبادة تعارض قولك صلي واقض الغريق في أي وقت غرق ومعلوم أن الثاني يحكم في مثله على الأول لا إطلاقه فكأنه قال صلي وأنت مأمور بالصلاة واقض الغريق إلا إذا عرض لك غريق فقلت مأمور بالصلاة فكان الدليل قائما على أن ترك الواجب الموسع مقدم على واجب مضيق (وقوله) لا يمتنع إلى آخره لا يمنعنا لكننا لا نصير إليه إلا إذا علمت إرادته كما في مناسك مني والاعقاب بناء على ظاهر الخطاب من الإطلاق والتقييد وفي صورة ضيق الوقت قول يقاء الوجوب إن كان ذلك من قصير المكلف والأفلا ويقدم ما هو أهم في نظر الشارع فتقدم الصلوة على إبقاء الدين ويقدم إقراض المؤمن وحفظ بيضة الإسلام على الصلوة ثم أنه في (جامع المقاصد) قال فإن قيل الضد العام إنما يقوم بالاضداد الخاصة فكون الضد الخاص أيضا منها عنه (واجب) أن المطلوب في النهي هو الكف عن الشيء والكف عن الأمر العام غير متوقف على شيء من الأمور الخاصة لا مكان الكف عن الأمر الكلي من حيث هو هو (وفيه) على تقدير مكانه أن ذلك ليس بمطلوب بل المطلوب الاجتناب عن الخصوصيات كما في سائر المناهي كالزنا ونحوه ثم إن قوله جل شأنه «أنما يتقبل الله من المتقين» ونحوه مما ورد في الأخبار يقتضي عدم قبول الضد من تارك المأمور به إلا أن يفرق بين الاجزاء والقبول لكن بشكل ذلك في المستحبات لأن اجزائها حصول الثواب وهذا هو القبول (إلا أن يقال) أن قوله عز وجل «إن الحسنات يذهبن السيئات» ونحوه مما ورد في الأخبار في المستحبات يقتضي القبول من المسيء أيضا (إلا أن يقال) أن القبول على سبيل الأوزم لا يكون من المتقين وأما القبول من غيرهم فأنما هو بعنوان الفضل ولذا ورد أن من فعل كذا كان له كذا ويستوجب الغفران ودخول الجنة وما تعلق به الشهيد الثاني من عظم البلية وعموم البلوى من لزوم بطلان النافذة مطلقا والفريضة الامة الضيق ولزوم التيمم إلا لأوحد الناس فأنما يدل على الصحة وعدم أعمال هذا المقتضي لأعلى قبي المقتضي فيصير الحاصل أن اقتضاء الأمر النهي عقلي لكن لا نقول أن النهي يقتضي العباد وذلك لو صح كان أصح ما يتمسك به للصحة إذ لو صح ذلك لكثير في الناس القليل والقال والتأنيق ولو وجدت حملة العلم وأهل الديانات ينهون أكثر الناس عن النافذة ويلزمونهم بتأخير الفريضة إلى آخر الوقت وفي انتهاء ذلك واستقامة الطريقة على قديم الدهر ومالف العصر على خلافه دليل على بطلانه لكنه يلزم على هذا اجتماع الأمر والنهي في الضد النهي عنه أعني الصلاة في المثال المذكور إلا أن نقول أن النهي النهي لا يقتضي التحريم كما أنه لا يقتضي الكراهية وكما أن الوجوب التبعي لا يستحق عليه ثوابا ولا على تركه عقابا لكن قد يقال إن هذا رجوع إلى المقارنة (فتأمل) وأما قطع المسافة على البعير المحرم فالنهي فيه إيصالي فليتأمل في ذلك أو نقول أن النهي عنه بالنهي التبعي إيقاع الصد أعني الصلوة لا إماميتها كالصلوة في المسجد

وتباع دار الغلة وقاضل دار السكنى ودار السكنى ان كانت رهنا ولو غاب المدين وجب على المدينون نية القضاء والعزل عند وفاته والوصية به ليوصل الى مالكة او وارثه ولو جهله اجتهد في طلبه فان آيس منه قيل يتصدق به عنه (متن)

فان ماهيتها واجبة وايقاعها في المسجد مستحب وهذا رجوع الى ما في (جامع المقاصد) فقد تحصل ان المقدمة ان كانت تركا لضد كان النهي عن ايتاع ضدها وان كانت فعلا وآتى بها على وجه محرم كان النهي عن فعلها كقطع المسافة على البعير المحرم فليحظ قاته دقيق ﴿ قوله ﴾ (وتباع دار الغلة) بلا خلاف اجده والمراد بها الدار المرصدة لقضاء كالبيت المعد للاجارة ونحو ذلك ﴿ قوله ﴾ (وقاضل دار السكنى ودار السكنى اذا كانت رهنا) قد تقدم الكلام فيها ﴿ قوله ﴾ (ولو غاب المدين وجب على المدينون نية القضاء والعزل عند وفاته والوصية به ليوصل الى مالكة ولو جهله اجتهد في طلبه فان آيس منه قيل يتصدق به عنه) هذه المسئلة قد تكلمنا فيها في باب الميراث عند الكلام على ميراث النائب عيبة منقطعة لعدم الفرق بين الميراث وبين سائر الحقوق كما نص عليه بعضهم ولا بد ان نذكر كلامهم في المقام وقد عبر المصنف وغيره بما لو غاب المدين ونحوه وزاد في (النهاية والسرائر) غيبة لا يقدر عليه معها (وفي الشرائع والنافع والمختلف) غيبة منقطعة والمراد بمنقطع الغيبة ما صدق عليه ذلك عرفا لانه يختلف فيه باعتبار نباهة الشأن وتحويل الذكر وذلك قد يكون لطول الغيبة حتى ينقطع خبره او لا فتقاده بين ركب وعسكر ونحو ذلك أما من عرف مكانه كمن أسرته الروم او اسره السلطان ولم يعرف خبره مكانه لا يصدق عليه هذا العنوان ولا كذلك عنوان النهاية لكن المصنف في (المختلف) نزل عنوان النهاية على ما في الشرائع (وقد يقال) ان المدار على القدرة وعدمها ومن ذلك ما اذا لم يعلم أحي هو ام ميت فليتأمل في ذلك اذ قد يفهم من العبارات الاربع ان النائب غيبة غير منقطعة او يقدر عليه معها انه لا يجب الايصاء بها له ولا عزلها بل يسلمها اليه أو يستأمره في امرها او يكون حاله حال سائر الديانة وقد صرحوا بانه لا يجب على المدينون « حينئذ » نية القضاء وقد سمعت في سلف ما دل على وجوب نية القضاء مطلقا من نص واجماع ولعل الوجه في اعادته ان الحكم هنا أكد او يكون المراد وجوب تجديد العزم « فليتأمل » فيه واما وجوب العزل عند وفاته فظاهره انه اجماعي كما في (جامع المقاصد) وظاهر كلامهم انه لا خلاف فيه كما في (المسالك) والاجماع ظاهر (المختلف) كما ستعرف وقد نسب اليه صاحب (المسالك والكفاية) ايضا وفي (النهاية) وجب ان ينوي قضائه ويعزل ماله عن ملكه فان حضرته الوفاة اوصى به وظهره انه يجب العزل مطلقا وحمله في (المختلف) على من حضرته الوفاة او على استبقاء ما يساوي الدين بمعنى انه يجوز له التصرف في جميع امواله بالصدق وغيره الا ما يساوي الدين وذلك لانه في (السرائر) بمدان قل كلام (النهاية) وده بان العزل غير واجب بخلاف بين المسلمين فضلا عن طائفتنا وظاهر توجهه (المختلف) بان العزل عند الوفاة مجمع عليه عندنا والا لما صح ان يكون جوابا لابن ادریس وهو الذي فهمه منه صاحب (المسالك والكفاية) كما عرفت وبما يقطع به على ذلك ان ابن ادریس قال قبل ذلك انه اذا حضرته الوفاة سلمه الى من يثق به كما سدمع كلامه وهو يقضي بوجوب العزل عند الوفاة وفي (جامع الشرائع) اهل ذكره بالكلية وكأنه فهم من اجماع جده الاطلاق وفي (المسالك) وغيرها لولا ظهور الاجماع لا يمكن تطرق القول بعدم الاصل مع عدم النص (وربما)

وجه بانه غاية ما يمكن وانه اقرب الى الوقار ويبعد عن تصرف الغير وهو كما ترى لا يقضي بالوجوب مع ان قضية ذلك انه يتعين بذلك قلو تلف يكون من مال التريم وليس كذلك لعدم الدليل على الانتقال ولعل مقعد الاجماع لا يتناول ذلك وفي (ايضاح النافع) الظاهر انه يتعين بالعزل وقد يكون العزل ليتصرف في باقي التركة اذ بدونه لا يجوز له التصرف فيها وفي (الرياض) تمسب وجوب العزل عند الوفاة للنهاية والموجود في (النهاية) والمحكي عنها ما سمعته وحكي عن (السرائر) انه ادعى اجماع المسلمين على عدم وجوب العزل والموجود فيها في الخلاف بينهم وهذا سهل وحكي عن (المسالك) انه احتل عدم الخلاف وقد سمعت عبارة المسالك بلفظها واعظم من ذلك انه في (الرياض) وجه اجماع (السرائر) على عدم وجوب العزل مطلقا وقد عرفت انه محكي على مخالفة ما في (النهاية) والا لما صح توجيهه (المختلف) ولما صح ما في (المسالك والكفاية) من ان ظاهر (المختلف) الاجماع كما عرفت واما وجوب الوصية به فهو ظاهر (النهاية) كما عرفت (والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتذكرة) وغيرها وفي (غاية المرام) انه لا خلاف فيه وفي (مجمع البرهان) كانه لا خلاف فيه ويدل عليه بعض الاخبار مؤيدا بالاعتبار وفي (السرائر) انه يسلمه الى من يثق بديارته ويحمله وصيه في تسليمه الى صاحبه وفي (الروضة) يجب كون الوصاية الى ثقة وان قلنا بجواز الوصاية الى غيره في الجملة لانه تسليط على مال الغير وفي (ايضاح النافع) ان الوصية واجبة ان توقف الثبوت عليها والاستحبات مؤكدة وربما وجبت وان كان مشهودا عليها خصوصا اذا امقطنا اليقين في دعوى الدين على الميت اذا اوصى به عند موته (قامل) واما انه يجتهد في طلبه لو جهله فقد صرح به في (النهاية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية) غير ان المسئلة مفروضة في (النهاية والسرائر) فيما اذا جهله الوارث وفي (جامع الشرائع) فان حضره الموت وصى الى ثقة به واحتج الوصي في طلبه فاذا مات طلب وارثه وفي (المسالك) المتبر في الاجتهاد هنا بذل الوسع في السؤال عنه في الامتنة التي يمكن كونه او خبره بها ويستمر كذلك على وجه لو كان لظهر وبما اهل فيه ذكر الطلب والاجتهاد فيه (الارشاد والمختلف والدروس والدة والروضة) وغيرها وفي (الرياض) ولو لم يعرفه اجتهد في طلبه بذل الوسع في السؤال عنه في الامتنة التي يمكن كونه او خبره بها ويستمر كذلك على وجه لو كان اطير بلا خلاف اجده اتقى (قامل) وقضية كلام (الشرائع والكتاب) وما وافقهما انه اذا جهله لا يجب عليه العزل ولا الوصية به بل يكفي الاجتهاد في الطلب ثم التصديق به عند القائلين بوجوب التصديق واستعرف الحال في ذلك وقد استدلوا على وجوب الاجتهاد في الطلب بصحيفة هشام بن سالم قال سئل خصاب الاعور ابا ابراهيم عليه السلام واما جالس فقال انه كان عند ابي اجير يعمل عنده بالاجرة ففقدها وبني من اجره (اجرته خ ل) شيء وفي (التهذيب) ولا نعرف له وارثا قال فاطلبوه قال فطلبناه فلم نجده فقال مساكين وحرك يديه فاعاد عليه فقال اطلب واجهد فان قدرت عليه والا فهو كسبل مالك حتى يمسي له طالب فان حدث بك حدث فأوصي به ان جاء له طالب ان يدفع اليه وصحيفة معاوية بن وهب على ما يراء المتأخرون في اصحاب الاجماع عن (ابي عبد الله عليه السلام) في رجل كان له على رجل حق ففقده ولا يدري اين يطلبه ولا يدري احي هو ام ميت ولا يعرف له وارثا ولا نسبيا ولا ولدا قال اطلبه قال فان ذلك قد طال فانصدق به قال اطلبه والظاهر ان المراد بالطلب والاجتهاد السؤال والارتقاب وربما اشر ظاهر الاخير بوجوب الطلب دائما كما قد يشعر به ايضا مفهوم خبر زرارة كما ستسمعه ومن المعلوم انه

لا يحسن من الحكم الامر بالطلب مع الياس وعدم امكان الوجدان فيحمل على عدم الياس والاستحباب وقد استدلووا بهذه الاخبار على المشهور بين الاصحاب من ان ميراث المفقود يترتب به مدة لا يعيش اليها مثله عادة ولم يحكموا هناك بوجوب الفحص والطلب (فتأمل) والاعتبار يستبعد ان يكلفه بالمراسلات والكتابات الى الاطراف او الطلب والسؤال في المجمع والاسواق او في اطراف الارض لبقايا اجرة ونحوها لم يكن له تقصير في شأنها اذ من المعلوم ان ذلك يحتاج الى اتلاف المال وتعب البدن وليست هي لقطة وقد روى زرارة في (الصحيح) عن ابي جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه ولا على ولي له ولا يدري بأي ارض هو قال لا جناح عليه بعد ان يعلم الله ان نيته الاداء وقد عرفت ان جماعة اهلوا ذكر الطلب والاجتهاد في المقام ايضا واما انه يتصدق به مع الياس فظاهر (الكتاب والشرائع والتافع والتذكرة) التردد حيث نسب فيها ذلك جميعا الى القليل ونحو ذلك ما في (كشف الرموز) والظاهر ان ذلك لمكان خبر بن وهب الذي ظاهره المنع من التصديق به كما اشار اليه في (التذكرة) وقد اسمعنا له لا لعدم النص كما في (المسالك والكفاية) ولا لان التصديق بماله لغيره مع عدم برائة ذمته غير معلوم الجواز لانه لاشبهة في الجواز كما في (المسالك) ولا ينبغي النزاع فيه كما في (مجمع البرهان) اذا كان دينا لانه ماله فيكون مسلطا عليه واما الحكم بانه يتصدق به «حينئذ» فهو المشهور كما في (جامع المقاصد والروضة) وهو خيرة النهاية والقاضي على ما حكى عنه (وجامع الشرائع والارشاد والمختلف والتبصرة واللمعة والمقتصر وجامع المقاصد) وظاهرهم ان ذلك على سبيل الوجوب كما فهمه الصيرفي والشهيد الثاني والمولى الاردبيلي وصاحب الرياض وقد قواه في (الميسرة) واستجوده في (المسالك) والذي فهمه في (جامع المقاصد) منهم انما هو الجواز قال وذهب في (المختلف) الى الجواز تمنا للشيخ وجماعة وهو الظاهر من جماعة وهو الاسد لوجه كما استسمع في (جامع المقاصد والمسالك) انه حيث يمكن مراجعة الحاكم هو أولى من الصدقة بغير اذنه وان كان جائزا الا انه أبصر بمواقفها وحججهم عليه ما ارسله في (القبه) بقوله بعد ذكر خبر ابن وهب وقد روى في هذا خبر آخر ان لم تجده وارثا وعلم منك اباهد فنصدق به وما ارسله في (السرائر) قال وقد روى انه اذا لم يظفر تصديق به عنه وليس عليه شيء وما رواه في (الكافي والتهذيب) عن نصر بن حبيب صاحب الخان قال كتبت الى عبد صالح (المد الصالح خ ل) عليه السلام قد وقعت عندي مائة درهم واربعة دراهم وقد مات صاحبها ولم أعرف له ورثة فرأيت في اعلامي حالها وما أصنع بها قد ضقت بها ذرعا فكتب عليه السلام اعمل فيها وأخرجها صدقة قليلا قليلا حتى تخرج قل في (الاستبصار) انما له ان يتصدق بها اذا ضمن لصاحبها او انها للامام فأمره ان يتصدق عنه بها ويعد الثاني ان عدم معرفة الورثة لا يدل على عدمهم وهو لم يطلب ولم يفحص وكون ذلك للامام مشروط بالملم بعدم الوارث (الا أن تقول) الشرط في ارثه عدم العلم بالوارث وفي (وثقة) هشام بن سالم (١) تدفع الى المساكين يكرر عليه ذلك وكأن قصد السائل في المراجعة

(١) هي ما رواه الشيخ في الموثق عن هشام بن سالم قال قال حفص الاعور ابا عبد الله وأنا عنده جالس قال انه كان لابي جبير كان يقوم في رحاه وله عندنا درهم وليس له وارث فقال ابا عبد الله تدفع الى المساكين ثم قال رأيتك فيها ثم ااد عليه المسألة فقال له مثل ذلك فاعاد عليه المسألة فالثالثة قال ابا عبد الله تطلب له وارثا فان وجدت له وارثا والا فبكيل مالك ثم قال ما عسى ان تصنع بها ثم قال توصي بها فان جاءها طالب والا فهي كسبيل مالك (مصححه)

أولاً وثانياً وثالثاً مع امره له بالصدقة أولاً وثانياً هو انه قد سمع جواز التملك مع الضمان وكانت رغبته في ذلك فجوزه عليه السلام أخيراً والشهرة تجبرها في الاخبار من الضعف ولولا ذلك لتعطل المال وخرج عن الانتفاع ثم أن من هو عليه محتاج الى قرض ذمته ولا سبيل الا الصدقة اذا لم يمكن الحاكم وفي (الدروس وايضاح النافع والروضة) انه يتخير بين ابقائه في يده ودفعه الى الحاكم والصدقة وفي (السرائر) انه يجتهد في طلبه فان لم يجده سلمه الى الحاكم فان قطع على انه لا وارث له كان لامام المسلمين وواقفه فخر الاسلام لانه مع وجود الوارث يكون للوارث ووليه الحاكم مع غيبته والا فهو للامام وقضية كلامها انه لا يجوز التصديق به كما فهمه جماعة من السرائر وفي (التقيج) قول ابن ادريس هو الحق اذا علم موته وعدم وارثه اما اذا انتفى العلم بذلك فحفظه أولى حتى يظهر خبره أو خبر وارثه وفي (الدروس وحامع المقاصد) انه مع القطع على موته وانتفاء الوارث لأشك في كونه الامام ونحوه ما في الختاف (وفي الحدائق) انه لا خلاف فيه حينئذ (وفي حامع المقاصد) انه لا شك في جواز دفعه الى الحاكم مع اليأس اما انوجب فلا دليل عليه مع ان اكثر الاصحاب على خلافه انتهى والقطع بجواز دفعه الى الحاكم لا يجتمع مع وجوب التصديق به وهذا والظاهر ان الصدقة لا تتوقف على سبق العزل ويكفي قصد الصدقة بما يدفعه عن المستحق وظاهر كلامهم انه حين التصديق لا يحتاج الى وصية لانه قد برئت ذمته (وفيه) انه قد يظهر بعد ذلك ولا يرضى ويكون للمدين مال يمكن الوفاء منه فائدة التصديق جواز التصرف في باقي المال ان كان فيه عين مرجوة غير ممتازة والمخرج عن عبدة الواجب وعام الضمان مع عدم ظهور المصاحب ومصرف هذه الصدقة عند القائل بالجواز مصرف الصدقة المندوبة واما القائل بالوجوب فيجب ان يكون كذلك لانه لا يجب على المالك وانما وجبت بالمرض على المدين ووارثه (وربما قيل) أن الاحوط ان تصرف الى مستحق الزكاة كما هو الظاهر من كلامهم في أمثال ذلك وفيه تأمل واضح اذ ذلك انما هو في الزكاة لانه نسب في (المتهى) حلية المندورة الى علمائنا وأكثر الامم الى غير ذلك من المؤيدات (وليعلم) أن بعض اخبار الباب دل على ابقائه امانته في يده وبهذا دل على التملك وانه كسبيل ماله يتصرف فيه كيف شاء مع الضمان والوصية به وهو ما ذكرنا في (الرياض) واعلم ان اخبار الباب وكلام الاصحاب في المقام قد تضمننا بيان حال المال الميراث المالك المثير برد المظالم كما في (مجمع البرهان) وضابطه كل مال لا فائدة في تعريفه كما تضمنه الخبر كما ستسمع وبالجملة كل مال حصل في يدك من مالكه أو وكيله أو مستودعه معلوماً كان المالك ثم جهله أو كان مجهولاً لك من أول الامر كأن كنت معه في فندق أو خان أو قافلة ولا تعرفه وحصل في متاعك أو يدك شيء ونحوه من ماله غفلة أو خطأ وليس هذا لقطة ولا في حكمها لمكان كلام الاصحاب وقد سمعته واخبار الباب الصريحة في ذلك (منها ما رواه) علي عن العبيدي عن يونس قال سئل (أبو الحسن الرضا عليه السلام) عن وجد متاع شخص معه ولم يجده حتى جاء الى الكوفة ولم يعرفه صاحبه (قال أبو الحسن عليه السلام) كيف يعرفه ولم يعرف بلده فاذا كان كذلك فبه وتصديق به قال له علي من جعلت فداك قال علي أهل الولاية (ومنها) ما رواه علي عن العبيدي عن يونس قال سئل عبداً صالحاً عليه السلام قلت جعلت فداك كنا مراقبين لقوم بمكة وارتملنا عنهم وحملنا بعض متاعهم بنير علم وقد ذهب القوم ولا نعرفهم ولا نعرف أوطانهم وقد بقي المتاع عندنا فما نصنع به قال فقال تحملونه حتى تأخذهم بالقوة قال يونس قلت له

والمسر لا يحمل مطالبته ولا حبسه ويجوز له الانكار والхلف ان خشي الحبس مع الاعتراف
ويوري وينوي القضاء مع المكنة (متن)

لست اعرفهم ولا تدري كيف نسل عنهم قال به واعط ثمنه اصحابك قلت جعلت فداك اهل
الولاية قال نعم وهما يدلان على الموضوع والحكم وانه لا يشترط الحاكم ولا العدالة في المعطي ولا المعطى
وانه يصح اعطائه لصادقه ولعل من ذلك ما يقع فيه الاشتباه من التعامل في المجامع والحمامات ونحوها ومن
ذلك ما يؤخذ من الحاكم الظالم ولا يعرف صاحبه مما علم انه حرام وغصب لانه لا يمكن تعريفه عملا
بالعلة المومي اليها في خبر يونس المتقدم ولعل حال الظالم حال السارق والناصب كما ستسمع وليس
من ذلك ما يؤخذ من السارق أو يستودعه السارق له فانه في حكم اللقطة كما في خبر حفص قال سئلت
أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أودعه رجل من النصوص دراهم أو متاعاً والله مسلم قال لا يرد
فان أمكنه أن يرد على أصحابه فصل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فغيرها حولا فان جاء
صاحبها ردها عليه والا تصدق بها فان جاء صاحبها بعد ذلك خبره بين الاجر والقرم ولم يذكر
فيها له ان يملكها بعد التعريف كاللقطة هذا عند المشهور كما في (الكفاية) وأوجب ابن ادريس دفعها
الى امام المسلمين فان تضرع اقامها امانة واختار المصنف في (الارشاد) وغيره انه يتصدق به فيكون
من المال المجهول المالك وكذلك ما جاء به الریح أو الطير الى دارك مما هو امانة شرعية لانه لا يمكن
تعريفه عملا بالعلة المومي اليها اذ قد لا يعرف صاحبه ذهابه منه وليس منه ما يجده في داره أو صندوقه
الذي يشاركه فيه غيره كما أفق به جماعة لورود النص به على تأمل لنا فيه لمخالفته قواعد اللقطة وعند
الشيخ في (المبسوط) ان اللقطة ان أراد تملكها وجب تعريفها والا فهي مال مجهول المالك ومما يسى برد
المظالم ما اذا كان في ذمته ديون لا يعرف اصحابها واموال غصبها واتلفها واخماس وزكوات ونحو ذلك
فليحظ ذلك في باب اللقطة والوديعة والدين وغيرها من الابواب فان هذا مجموع من مجموع ذلك
وليس له في الفقه باب على حده قوله ﴿ والمسر لا يحمل مطالبته ولا حبسه ﴾ اجماعاً كما
في التذكرة وفي (مجمع البرهان) لا خلاف على الظاهر في تحريم حبسه بل مطالبته وملازمته وأذاه على
قد بر ثبوت عدم قدرته على الاداء شرعاً وفي (المختلف) انه الاشهر وبجريمة المطالبة ولا لحاح عليه صرح
(في النهاية والمبسوط وقه الراوندي والغنية والسرائر) وغيرها وقد يظهر من الغنية الاجماع على
ذلك واذا لم تحمل مطالبته فبالاولى أن لا يحمل حبسه وفي الكتاب والسنة اشارة الى ذلك كخبر عبد الله
ابن سنان وموثقة عمار وقال الصدوق في (المنعم) قلا عن أبيه مختاراً له ان اتفق ما أخذه في طاعة الله
سبحانه فنظرة الى ميسره وان كان اتفق ما أخذه في معصية الله فطالبه بمحتمك فليس هو من اهل هذه
الآية انتهى وقال في (الدروس) فيه بدمع ان المنفق في المعروف أوسع مخرجا لانه تحمل له الزكاة ولعل
المنفق في المباح ملحق بالطاعة عنده وفي (المختلف) ان ظاهر كلام أبي الصلاح يوافق قولها وقد تقدم
عند شرح قوله ويجب على المديون السعي في قضاء الدين ما له نفع تام وذلك كله حيث ثبت اعساره
أو يعلم المدين به قوله ﴿ والمسر لا يحمل مطالبته ولا حبسه ﴾ ويجوز له الانكار والхلف ان خشي الحبس مع الاعتراف
ويوري وينوي القضاء مع المكنة ﴿ كما في (السرائر وجامع الشرائع والتذكرة والمختلف والدروس وجامع المقاصد) وهو المحكي عن الحلبي غير انه في (جامع الشرائع) ترك ذكر التورية وصرح في (جامع المقاصد)

ولو استدان الزوج النفقة الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه ولا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه لان تعيينه بقبضه فان فعل فالربح بأجمعه للمدين ان كان هو العامل والا فللمالك (متن)

بان التورية واجبة لان الكاذب ملعون انتهى فأمل وأبو الصلاح اشترط اعلامه ذلك أي العزم على القضاء قبل التمين أو بعدها وفي المختلف ان الاقرب ان اعلامه ليس شرطاً في الجواز ونحوه ما في الدروس ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استدان الزوج النفقة الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه ﴾ كما في (النهاية وجامع الشرائع والندكرة) لان المتبادر من دفع العوض دفعه الى المدين وهو قول الشيخ في (النهاية) وجب عليه القضاء عنها وفي الخبر يقضي عنها ما استدان بالمعروف وقال في (السرائر) الواجب على الزوج تسليم النفقة بالمعروف الى المرأة ثم يقضي هي ما استدان وان قضاء الدين واجب عليها دون الزوج وفي (المختلف) ان قول الشيخ ممكن اذ الزوجة هنا كالوكيل عن الزوج فيجب عليه القضاء ومنع عليه ذلك في (جامع المقاصد) لان استحقاقها النفقة لا يصيرها كالوكيل وقال ان كلام ابن ادریس هو المتجه وان كان المدول عن ظاهر الرواية لا يخلو عن شيء (قلت) من الشائع الدائع عرفاً ان من دفع الى شخص مالا ليقضي به دينه يقال انه قضى دينه ودفع عوض دينه وعليه تحمل الرواية وكلام النهاية وغيرها في (الدروس) انه يقضي نفقة الزوجة استدانها ام لا اذن في الاستدانة ام لا ولا يقتضي نفقة الاقارب مطلقاً الا مع اذنه أو اذن الحاكم ونحوه ما في حواشي الكتاب (قلت) وجه الفرق ان نفقة الزوج حق مالي كالعوض اللازم في المعاوضة ونفقة الاقارب انما وجبت على طريق المساوات وسد الخلة لا للملك فلا تستر في التمة وانما ياتم بتركها ونظام الكلام في باب النكاح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه لان تعيينه بقبضه ﴾ قال في (الندكرة) في باب المضاربة لا يجوز القراض على الدين ولا نعلم فيه خلافاً قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم انه لا يجوز ان يجعل الرجل ديناً له مضاربة انتهى وفي (السرائر) وظاهر (المختلف) الاجماع على منع جعل الدين مضاربة ذكراً في اثناء كلامهما (كلام لما خل) في بيع الدين وبالحكم صرح في (النهاية) وأكثر من تأخر عنها وفي الخبر القوي الذي رواه السكوني في رجل له على رجل مال فتقاضاه ولا يكون عنده ما يقضيه فيقول هو عندك مضاربة قال لا يصح حتى يقضيه واثار بقوله لان تعيينه بقبضه الى جواب ما قلناه قال من ان الثابت في التمة مقبوض لمن هو في ذمته كما صرحوا به في السلم والصرف فلم لا يكون مقبوضاً هنا والمضاربة شرطها القبض وحاصل الجواب ان المضاربة شرطها تشخيص المال وتعيينه والدين قبل قبضه لا يتشخص فأتى شرط المضاربة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان فعل فالربح بأجمعه للمدين ان كان هو العامل ﴾ كما في التذكرة في موضعين منها والكتاب في باب المضاربة (والدروس وحواشي الكتاب) وموضعين من (جامع المقاصد والمسالك) لما عرفت من ان ذلك لا يقتضي تعيين الدين لكونه الى الآن في يد المدين ولم يجعله وكيلاً في التمين (القبض خل) فيكون الدين باقياً في الذمة ونية القراض لا أثر لها في الشراء بملكه قال في (الندكرة) وكذا اذا اشترى لقراض في الذمة ودفع المال لان المأذون فيه هو الشراء لينتد فيه مال القراض وقد قرر ان المال الذي في يده له فاذا اشترى وقع الشراء له (وقد يقال) لم لا يكون الشراء فضولاً ويتوقف على الاجازة لانه نواه العقود بالتصود ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فللمالك

وعليه الاجرة ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره (مثن)

وعليه الاجره) أي وان لم يكن المدين هو العامل بل كان العامل ثالثا فالربح للمالك وقد قيد في (الدروس وحواشي الكتاب وجامع المقاصد) بما اذا اشترى بالعين واجاز المالك لبطلان الاذن السابق بفساد المضاربة قالا واذا اشترى في الذمة فالربح للعامل وعليه الاثم والضمان ويتبني ان يقيد بما اذا نوى التراء لنفسه وفي (حواشي الكتاب) في الفرق بين كون العامل المدين أو غيره نظرا وكذا في اختصاص المالك بالربح اذا كان العامل غير المدين لان القراض فاسد فيفسد ما تضمنه من الاذن في القبض وانت قد عرفت الفرق من العامل اذا كان هو المدين لم يتعين المسال للمالك بخلاف ماذا قبضه الثالث فانه وكيل للمالك في قبض الدين فيتعين بتعين المدين وقبض الوكيل واما الفساد فمخصوص بما اذا كانت تلك الامور المتضمنة من تواع العقود الفاسدة ولوازمها اما اذا اقتضى اللفظ مضاربة ووكالة لاشتماله على الاذن في التصرف فان فساد المضاربة لا يقتضي فساد الوكالة كما لو باعه وأجره في عقد واحد واختلت بعض شروط البيع فان الاجاره صحيحة وان فسد البيع كما نبه على ذلك الكركي في (جامع المقاصد) فقد تحصل ان الذي يفسد بفساد المضاربة إنما هو الاذن في المضاربة لا الاذن في القبض لانه بمنزلة الوكيل بالنسبة الى قبض المال المضارب بالنسبة الى العمل فيبطل متعلق المضاربة خاصة (وقد قال) ان المضاربة الفاسدة ان اقتضت في الثالث الاجبي كانه في القبض خارجة عن حقيقتها فلا تكن في المدين كذلك فكيف بفرق بينه وبين الثالث لان المعرض في المقامين افراز المال وعزله والشراء به وحينئذ فالمضاربة الفاسدة ان كانت مجامعة للوكالة في تعيين المال فهي واقعة في الموضعين والا فلا ثم ان كون الاذن في القبض خارجا عن مقتضيات المضاربة اول ممنوع بل الظاهر ان من لوازمها وتراها فينبغي ان يتبني في الاد (وقد قال) ان المراد بالاول كان اللفظ مشتملا على وكالة ومضاربة كأن يقول خذ ديني من فلان وقد جعلته مضاربة فأمل جيدا وكيف كان فحيث يكون الربح للمالك مع اجارته الشراء بالدين يكون لامل اجرة المال كما هو مقتضى المضاربة الفاسدة - (يصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره) كما تقدم الكلام فيه في باب السلم وقال أيضا في المزام في (المختلف) يجوز بيع الدين ودينه ذهب علمائنا ولا فرق بين بيعه على من هو عليه ولا على غيره وفي (الاشارة والرواية) انه لا يورس فيه (المبسوط) في رواية اصحابنا وفي (السرائر) ان اجاعهم منقذهم بخلاف على من هو عليه الدين واهل بيته كما في ذلك وكذلك اقوالهم ردت فيهم وروايتهم وفاراهم الا انه خصه ببيع الدين على من هو عليه كما ستسمع والمراد بعد الحذف به احرارا راي اقبله فمتاح الكلام فيها رايان فيما من به ان ادريس ففتح من يبعه على غيره من رايان الاول دليل قاسر ووجه غير حاسر وقد تلى كلامه في (المختلف) برمت على طراهم بالغ في رد راي جماعة بالذمة لال والارادة التي من الارض الا ما يظهر من (السرائر) من دعوى الاجاع المدين بدينه اليه لانه واداه قبل الاجل ففي (السرائر) ان كان مؤثرا لا يورس على من هو عليه بخلاف وانه عليه بطريق الاولوية فيمخرجه على غيره وفي (التمهيد) ان المور ان الدين لا يورس بدينه قبل حله مطلقا وهو ظاهر جماعة كالمحقق في (الشرائع والنافع) والاصنف في (الارشاد) وما يأتي من الكتاب وغيرها وصرح آخرون منهم

فيجب على المدين دفع الجميع الى المشتري وان كان الثمن أقل على رأي (متن)

المصنف في (التحرير) والشهيد في (الدروس) والجواز خيرة جماعة كالمصنف في (التذكرة والمختلف) والشهيد في (اللمعة والروضة) وصاحب ايضاح النافع والمقدس الاردبيلي والمولى الخراساني ومال اليه في (المسالك) وكأن المحقق الثاني متردد وقد نص أكثر هؤلاء على ان ذلك أي الجواز إنما هو فيما اذا باعه بالحال لا بالموجل وفي (الروضة) مال الى جوازه بالموجل أيضا وكذلك المقدس الاردبيلي وقواء صاحب (ايضاح النافع) ولقد ضبط صاحب (غاية المرام) في لتمام حقوق خطبه ولعل مستند المانعين بعد الاجماع الظاهر من (السرائر) المعتضد بشهرة (التنقيح) اجماعهم على عدم جواز بيع السلم قبل حلوله وهو محكي في (كشف الرموز والتنقيح وظاهر الغنية وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية) كما بينا ذلك كله وقلنا ان المخالف صاحب (الوسيلة) في ظاهره وبعض من تأخر ممن ندر مستندا الى انه حق مالي فيجوز بيعه ولا ينافيه عدم استحقاق المشتري له لتعلق ذلك بالمطالبة دون الملكية الى آخر ما يراه هناك وقد يضعف بأن ذلك مبني على حصول الملكية وهي محل مناقشة اذ هي فرع الانتقال وهو مشروط بأقضاء المدة فصرف الاستحقاق المنى الى المطالبة خاصة دون الملكية لا وجه له لظهور اشتراطها بأقضاء المدة وفيه نظر ظاهر فالمدار على الاجماع وحينئذ فيتم له القتال بالجواز ان يقول ان الاجماع موقوف فيما نحن فيه فيبقى الاصل والعمومات سالمة عن المعارض (ثم) ان سائنا عدم انتقال المال المسلم فيه حين العقد (لما) ان الملكية حاصلة فيما نحن فيه بمجرد السبب غاية الامر توقف المطالبة على اقضاء الاجل كما في مهر الزوجة ولذا اطبوا على المع في الساف واختلفوا هنا فقد ابرأ يمتنع به السكل من التوايز ورد حوازه بالموجل يتوقف على بيان المراد من الدين في بيع الدين بالدين الذي نهى عنه في خبر نسخة وانقد الاجماع عليه هل هو ما كان ديناً قبل العقد كما هو ظاهر جماعة فيخص بذلك أو يشمل مادام ديناً سبب العقد وان لم يكن ديناً وقد تقدم منا بيان ذلك في أول المقصد الرابع في أنواع البيع وقلنا هناك ان المشهور الثاني وفي باب الساف ظهر لنا انه محل اجماع لان المسلم فيه ليس ديناً بل العقد وإنما يصدر ديناً به مع ان ظاهرهم الاجماع كما هو صريح (جامع المقاصد) على انه من بيع الدين المهي عنه لو كان الثمن ديناً كما أوضحنا ذلك فيما سلف وقد تقدم في أول هذا الباب أي باب الدين عن (الوسيلة وجامع الشرايع) ما قد يدل على ذلك وتقدم في باب الصرف داله نفع تام في المقام وثم الكلام يأتي قريباً عند تعرض المصنف له عند قوله ولا يصح بيع الدين بدين آخر - قوله - ثم فيجب على المدين دفع الجميع الى المشتري وان كان الثمن أقل على رأي (متن) قاله المتأخرون كما في (الدروس وللمذهب البار) هو المشهور كما في (مجمع البرهان) عليه أكثر كما في (الايضاح وجامع المقاصد) وهو الموافق للقوانين كما قاله جماعة وفي (غاية المرام) ان لا يخرجه في جواز بيع الدين بأن من قسمته على البائع بالقيمة اتعنى فتأمل (١) وهو خيرة (السرائر) انما هي في التحرير والتذكرة والارشاد والمآل والايضاح وشرح الارتداد لفخر الاسلام والشيخ في غاية المرام وجامع المقاصد والمبديه والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية) وقال (الزباني) من باع الدين اتس

(١) وكأنه نقل عبارة السرر غير متامل فيما (منه قدس سره).

مما له على المدين لم يلزم المدين أكثر مما وزن المشتري من المال وجكي ذلك عن القاضي وقد مال
إليه على الظاهر المحقق في (الشرائع) والشهد في (اللمعة وغاية المراد) وصاحب (إيضاح النافع) وفي
(المعروض) لا معارض للخبر وتردد في (النافع) كما هو ظاهر تليد في شرحه واستندوا إلى ما رواه الكليني
والشيخ عن محمد بن الفضيل عن أبي حمزة (قال) سئلت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كان
لرجل عليه دين فجاء رجل فاشتراه منه بمرض ثم انطلق إلى الذي عليه الدين فقال له اعطني ما لفلان
عليك فاني قد اشتريته منه كيف يكون القضاء في ذلك قال أبو جعفر عليه السلام يرد عليه الرجل
الذي عليه الدين ماله الذي اشترى به من الرجل الذي له الدين وعن محمد بن الفضل (قال) قلت لرضا
عليه السلام رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له ادفع إلي ما لفلان عليك
قد اشتريته منه قال يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين ويرى الذي عليه المال من جميع ما بقي
عليه وهما على اضطراب فيما لأن محمداً روى هذا المصنوع قارة عن الامام عليه السلام وقارة عن أبي
حمزة وقصور سندهما وعدم الجواب مخالفان للقواعد مع ان الاولى غير صريحة في المطلوب بل قيل ولا
ظاهرة فيه ولهذا أغفلها جماعة ولا وجه لما في الثانية من براءة ذمة المديون من الباقي وقد بالغ في
(السرائر) في ردّها وقد حملنا على ارادة الغنيان من البيع مجازاً لشبهه به في المعاوضة أو فساد البيع للربا
وغيره فيكون الدفع مأذوناً فيه من البائع في مقابلة ما دفع ويبقى الباقي لملكه ويكون المراد براءة المدين
البرائة من حق المشتري لا مطلقاً أو يحصل على ان البائع شرط على المشتري ابراء المديون من الزائد
أو اشتراط أخذ قيمة المدفوع ثمناً لا غير وربما حملنا على كون المدفوع مساوياً لكنه لا يجري في الثانية
إلى غير ذلك من التوجيهات (وقد) يناقش في الحلين الاولين بأن لفظ الشراء لا يستعمل في الضمان
حقيقة ولا مجازاً على انه ضمان من دون اذنه واضمار الاذن ولم يجر له ذكر بعيد ويدفع فساد البيع قوله
عليه السلام ويرى من جميع ما بقي عليه فان ظاهره مطلق البرائة والحمل على البرائة من المشتري
خاصة بعيد جداً اذ ليس له عليه شيء وكيف يلزمه الدفع بحكم العقد القاسد فان المشتري العالم بالفساد
ادري بغير اذنه فليس له الرجوع عليه وان كان جاهلاً كان له الرجوع على البائع لكن التأويل وان بعد خبر
من الطرح كما عليه جماعة وقد استظهر فخر الاسلام من كلام الشيخ أن المديون يرى من الباقي براءة
تامة لصحة البيع ولزومه فلو عرض له البطلان يرد لميب أو خيار أو غير ذلك عادت الزيادة هذا وقد قال
جماعة انه لا بد من رعاية السلامة من الربا لو كانا ربيعين ورعاية شروط الصرف لو كانا من الائمان
ويبقى الكلام في تصوير الاخير ولو وقع صلحا فان كان مما يجري فيه الربا اغتفر الثاني ولا اغتفرا معا وقد
قدم الكلام فيه في باب الربا ولو كان الثمن مساوياً أو ازيد كان يكون الدين مائة فيبيعه بثوب مساوٍ لمائة
أو زائد عليها قيمة صح اجماعاً كما في (شرح الارشاد وخواشي الكتاب) وفي (السرائر) بعد ان قل كلام
النهاية وقد سمعته قال قول الشيخ غريب عجيب تضحك منه الشكلى وهو انه اذ كان الدين
ذهباً فكيف يجوز ان يبيعه بذهب أقل منه وان كان فضة كيف يجوز ان يبيعه بفضة أقل منه
وان كان ذهباً فباعه بفضة أو فضة فباعه بذهب كيف يجوز اقتضاهما من مجلس البيع الا
بعد أن يتقابضا إلى آخر ما قال ورده في (المختلف) بأن الشيخ لم يحصر هو ولا غيره الدين في
التقود بل يجوز أن يكون ذهباً وفضة وغيرها من الاقشة والامثلة ثم لم يحصروا بيع الدين بالتقود
ولا أوجبوا أن يكون الثمن من الذهب والفضة حتى يتجنب من ذلك ويظهر للعامة قلة ادراكه

ولو باع الذي على مثله خيراً أو خبزيراً جاز أخذ الثمن في الجزية والدين ولو كان البائع مسلماً لم يحمل (متن)

وعلم تحصيله وسره أدبه ومواجهته مثل هذا الشيخ المظن الذي هو رأس المذهب والمستخرج للمباني من كلام الأئمة عليهم أفضل الصلوة والسلام إلى آخر ما قال قلت لعل ابن ادريس نظر إلى أن الدين أن كان من غير الأئمة لا تقدر فيه إلا كثره ولا قلبه إلا أن تقول انهما تقدران بالنسبة إلى القيمة وعلى كل حال فلا وجه لمواجهته لشيخ الطائفة وأمامها بهذا الكلام (فرع) ولو كان على الدين رهن اقتل إلى المشتري تبعاً للدين نص عليه فخر الإسلام في (الإيضاح) في باب الكفاية قوله ﴿ ولو باع الذي على مثله خيراً أو خبزيراً جاز أخذ الثمن في الجزية والدين ﴾ أما جواز أخذ الثمن المذكور من الذي في الدين فقد صرح به في (المبسوط) في باب الرهن (والسرائر والشرائع والنافع والتدبير والتحرير والمختلف والارشاد واللمعة والروضة والمسالك وجمع البرهان والكفاية) وغيرها وهو ظاهر الباقي وأن تفاوتوا في الظهور وعليه يحمل قوله في (النهاية) من شاهد مدينا قد باع ما لا يحمل للمسلم تملكه من خمر أو خبزير أو غيرها وأخذ ثمنه جاز أن يأخذه منه ويكون حلالاً له بأن يكون المراد من المدين الذي وفي أكثر ما ذكر صرح بأنه يجوز أخذ الثمن وإن شاهده المسلم كما في الأخبار فيحتمل أن يحمل على أنه كان يبيع في بيت أو نحوه من الأماكن المستورة فيطلع عليه المدين أو يحمل على أن لا يكون الستم مشروطاً عليه في الذمة فليأمل لأن جماعة قيدوا الحكم بما إذا كان مستتراً كما هو مقتضى الشرع قالوا فلو قضاها به لم يجوز قلت لأنه حينئذ في حكم الحربي عند الأصحاب ومن ثم قيدوا بالذي لأن الحربي لا يقر على شيء من ذلك فلا يجوز تناوله منه اقتصاراً فيما خلف الأصل الدال على تحريم ائتمان هذه على المسلم مطلقاً على المتيقن وليس إلا الذي ولا اختصاص النصوص به تصريحاً في بعض وظهوراً في بعض آخر بحكم الغلبة والتبادر لتدور وجود الحربي في بلاد الإسلام التي هي مورد الأخبار ودليل المسئلة أن له عليه ديناً فيكون في ذمته فيجوز أخذه من كل ماله وظاهر (مجمع البرهان والرياض) أنه إجماعي وهو كذلك لأننا لم نجد مخالفاً مضافاً إلى أخبار الباب كخبر منصور قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام لي على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر والخنزير وأنا حاضر فيحل لي أن أخذها فقال إنما لك عليه دراهم قضاك دراهمك واحتمال عدم العلم بكون ذلك المدفوع ثمن الخمر كما في (مجمع البرهان) من البعيد جداً ومثله صحيح محمد بن مسلم المروي في (الكافي والتهذيب) عن ابن جعفر عليه السلام ورواه الشيخ في (التهذيب) بسند آخر عن داود ابن سرحان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كان له على رجل دراهم فباع خيراً أو خنزيراً وهو ينظر إليه قضاها قال لا بأس أما لمقتضي فحلال والله لا يبيع فحرام ونحوه صحيحه زواره المروية في (الكافي) وخبر محمد بن يحيى الحنفي وخبر أبي بصير وإطلاق هذه الروايات الأربع وإن شمل المسلم إلا أن الظاهر بحكم التبادر والغالب هو الذي دون المسلم لعدم اعتياده لبيع هذه الأشياء في بلاد الإسلام التي هي مورد الروايات وعلى تقدير الشمول يجب تخصيصها بغيرها من الأخبار المتضاربة بتحريم بيع الخمر والخنزير وإن ذلك من السحت وعدم تملكه لثمنها وفساد بيعه لهما فكيف يجوز اقتضاء ماله يملكه ويكون باقياً على ملك المشتري ويجب رده عليه أو التصديق به عنه مع جهله

ولا يصح قسمة الدين فلو اقتسمها في الذم كان الحاصل لهما والتالف منهما نعم لو أحال كل منهما صاحبه بحصته وقبل المدينان صح (متن)

به وعلى ذلك تحمل حسنة محمد بن مسلم في رجل ترك غلاما له في كرم له يبيعه غنيا أو عسيرا فأطلق الغلام فعصر خمرًا ثم باعه قال لا يصلح ثمنه إلى أن قال ثم قال أبو عبد الله عليه السلام إن أفضل خصال هذه التي باعها الغلام أن يتصدق بتمنها ومثله رواية في أبواب الخزاز فتحملان على عدم معرفة المشتري أو عدم إمكان تحصيله مضافا إلى فحوى رواية ابن أبي نجران العجينة قاله عن مولا الرضا عليه السلام عن بصري أسلم وعنده خمر وخنازير وعليه دين هل يبيع خمره وخنازيره قال لا فإن تحريم قضاء الدين من أثمانها عليه السلام يستلزم تحريم الافتضاء على المسلم الأصلي بطريق أولى وأما مقطوعة يونس في مجوسي باع خمرًا وخنازير إلى أجل مسمى ثم أسلم قبل أن يمل مال قال له دراهمه وقال إن أسلم رجل وله خمر وخنازير ثم مات وهي في ملكه وعليه دين قال يبيع دينه أو ولي له غير مسلم خمره وخنازيره فيقضي دينه وليس له أن يبيعه وهو حي ولا بمسكه وهذه قد أفتى بها في (النهاية) على ما قيل اذ لم يجد ذلك فيها وأعرض عنها الأصحاب ورموها بالضعف بل قال في (كشف الرمز) إن أطراح مثل هذه الرواية أولى من اتباعها لثلاث بطلانها فإما ما تقدم في (التنقيح) لم يصادف الواقع لأن الشيخ قال وعليه دين على ما حكى عنه ولهذا قال في (التنقيح) لا سلم الفائل ثم قال إن العمل بالرواية باطل لأن المسمى إن خرج عن ملك الذمي بإسلامه لا يجوز بيعه حيا وميتا لأن نفسه ولا بوكيله والأجاز بيعه بنفسه لكنه باطل إجماعا فهذه أخبار الباب وما حررناه في بيانها بتدفع أشكال المقدس الأردبيلي وأشكال الدين الجراساني قال في (مجمع البرهان) إن الأخبار مختلفة بحيث لا يمكن الجمع بينها وانطباقا على القوانين قال في (الكفاية) قال بعض الأئمة إن كان البائع مائتة دينار وهو مناف لا طلاق أنشبار ككثرة فالحكم به مشكل وأما ما عرفت من المال والدين الذي أنشأه هو الشيخ في رهن (المسوط) وابن إدريس في (السرائر) والمحقق في (الشرائع) والمصنف في (الكتاب والتذكرة والتحرير والمختلف) وقد يلوح من (السرائر والمختلف) أنه إجماع وإذا جواز أخذ الجزية من ثمن خمرهم وخنازيرهم كما صرح به المصنف في (الكتاب والتذكرة) فهو صريح صحيح محمد بن مسلم ورواه الصدوق في (المقنع) على ما نقله قوله ~~ولا يصح قسمة الدين فلو اقتسمها ما في الذم كان الحاصل لهما والتالف منهما~~ كما في (النهاية والمختلف) والباطل (سوط) على ما حكى عنه (الجواهر للقاضي والوسيلة والغنية والسرائر) في باب الدين (وجامع الشرائع والسرائر والتافع والتذكرة) في موضعين (والارشاد والدروس واللمعة وحواشي الكتاب والتنقيح) وهو ظاهر أكثر الباقيين وحكاية في (المختلف) عن أبي علي وأبي الصلاح التقي وفي (إيضاح المافق) أنه أظهر وفي (الغنية) الإجماع عليه وفي (الكفاية) أن المعروف بين الأصحاب أنه لا تصح قسمة الدين وفي (الروضة ومجمع البرهان) أنه المشهور وإذا لم تصح قسمته كان الحاصل لهما والتالف منهما وقد حكيت على كون الحاصل لهما والتالف منهما الشهرة أيضا في شركة التذكرة ودين مجمع البرهان أيضا ونسبه في (التنقيح) إلى الشيخ وأتباعه وفي (الرياض) تارة أنه الأشهر وأخرى أن الشهرة عظيمة فتأمل ومحل التراجع ما إذا كان بين اثنين فباعا دين بسبب واحد أما عقد أو ميراث أو استهلاك أو اتلاف أو غير ذلك كما ذكر ذلك في شركة (التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح) وقد

صرح في باب الشركة (في النهاية والخلاف والبسوط والوسيلة والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وشرح الارشاد للفخر وجامع المقاصد والروض والكفاية) وغيرها بأنه لو باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى أحدهما شيئاً شاركه الآخر فيه وقد حكى عن القاضي وصرح في شركة (الكافي والفتية وجامع الشرائع وجميع البرهان والكفاية والمقاييس) بأنه لا تصح قسمة الدين وقضيته كما هو صريح بعضها أن الحاصل لهما والتالف عليهما وقد حكى في شركة (الخلاف) إجماع الفرقه وأخبارهم على ما حكياه عنه وفي شركة (الفتية) أيضاً الإجماع على ما حكياه عنها وقد حكيت الشهرة في شركة (جامع المقاصد والمسالك وجميع البرهان) كل على ما حكياه عنه وفي (الكفاية) نسبته إلى الأكثر بل في (جميع البرهان) أيضاً كانه لا خلاف فيه إلا من ابن إدريس وروى الشيخ في الصحيح عن سليمان بن خالد قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما ومنه متفرق عنهما فاقسما بالسوية ما كان في أيديهما وما كان غائباً عنهما فهلك نصيب أحدهما مما كان غائباً واستوفى الآخر عليه أن يرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله ورواه الصدوق بإسناده عن ابن مسكان عن سليمان بن خالد مثله وروى في (التهذيب) عن عبد الله بن سنان في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقسما العين والدين فتوى الذي كان لأحدهما أو بعضه وخرج الذي للآخر يرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله وروى في (التهذيب) عن أبي حمزة قال سئل أبو جعفر عليهما السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب فاقسما الذي بأيديهما وأحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فاقضى أحدهما ولم يقضى الآخر قال ما اقضى أحدهما فهو بينهما وما يذهب بماله ورواه أيضاً بسند آخر في الموثق عن محمد بن مسلم مثله ورواه بسند آخر عن معاوية بن عمار ومارواه في (التهذيب والفتية) عن غياث عن جعفر عن أبيه (أبائه خل) عن علي عليه السلام في رجلين بينهما مال بأيديهما ومنه غائب فاقسما الذي بأيديهما وأحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فاقضى أحدهما ولم يقضى الآخر قال ما اقضى أحدهما فهو بينهما وما يذهب بماله وقصور السند فيما عدى الصحيح من جبر بالشهرة المعلومة والمنقولة والإجماع المحكي وبعض الوجوه الاعتبارية من أن المال مشترك فإن التقدير ذلك فلا يختص به القابض ولا دليل على لزوم القسمة في مثل ذلك مع أن الأصل عدمه وظاهر (جميع البرهان) بل صريحه أنه لم يقف إلا على رواية غياث قال ومستندهم رواية غياث إلى أن قال والمستند غير معتبر لوجود غياث وقد نسب جماعة الخلاف في المسئلة لابن إدريس مطلقين والموجود في دين (السرائر) مانعه وإذا كان الشريكان لهما مال على التام فقساماً واختار كل واحد منهما شيئاً منه ثم قبض أحدهما ولم يقبض الآخر كان الذي قبضه أحدهما بينهما على ما يقتضيه أصل شركتهما وما يتي على الناس أيضاً مثل ذلك لأن المال الذي في ذمم الغرماء من الديون غير مقسوم فهو شركة يمد لأن ما في الذمم غير مقبوض ولا يتعين حتى تصح قسمة فلاجل ذلك مهما حصل منه شيء يكون بينهما على ما يقتضيه أصل شركتهما انتهى فكلامه هنا نص صريح في موافقة المشهور كما حكياه عنه آفاً (سابقاً ل) وقال في شركة (السرائر) فيما إذا كان بينهما شيء فباعاه بشئ معلوم أن الشيخ قال أنه إذا أخذ أحدهما حقه من المشتري شاركه الآخر ورده بما حصله أن مقتضى الأصول أن لكل منهما أن يقبض حقه ولا يشاركه الآخر وقال ما ذهب إلى ذلك سوى شيخنا أبي جعفر ومن قلده وتابعه وقال أن المفيد والمرضى ما تعرضا للمسئلة إلى آخر ما قال كما نسبته ثم قال إن الوارد في المقام ثلثة أخبار أحدها مرسل ولو سلم الخبر أن الأخيران تسليم جند لملئها على أن المال الذي

هو الدين كان على رجلين فآخذ أحد الشركين جميع ما على أحد الغريمين قالوا يجب عليه هاهنا ان
يقاسم شريكه على نصف ما آخذ منه لانه أخذ ما يستحقه هو وشريكه فهذا وجه صحيح فيحمل الخبران
عليه ان أحسن الظن برواتهما هذا محصل ما ذكره وحاصله أن قوله عليه السلام ما يقتضي أحدهما فهو
بينهما لا صراحة فيه لان المقتضي لم يصرح فيه بكونه مجموع الدين أو حصة المقتضي فقط ودلالتهما
على المطلوب متوقفة على ارادة الامر الثاني واللفظ يحتمل الامرين (ويرد) عليه ان ما الواقعة في الجواب
للمعوم وكذا ترك الاستفصال في حكاية الحال المحتملة يقتضيه أيضاً (واما) خبر قرب الاسناد عن رجلين
اشترك في السلم أ يصلح لما أن يقتضا قبل أن يقبضا قال لا بأس فيحمل على الصحة دون اللزوم كما انا
حملنا الاخبار السابقة على عدم اللزوم أو يحتمل الخبر المذكور على ما اذا اصطلاحا على ما في التمس أو نحو
ذلك جمعاً بين الاخبار كما سيأتي فاندفع الاشكال عن صاحب الكفاية وفي (المختلف) وايضاح
النافع والمسالك) أن قول ابن ادریس لا يخلو عن قوة وفي (جامع المقاصد) انه قوي متين وميل اليه
في (جمع البرهان والمفاتيح) وكأنه في المفاتيح مستشكل (ثم خ) قال في (السرائر) كما اشرنا اليه
أنما انه لم يذهب الى ذلك الا الشيخ في (النهاية) ومن تابعه وان المفيد وعلم الهدى لم يتعرضا للمسئلة
وان أحدا من المتقدمين ما وضعها في تصنيف له ولا ذكرها أحد من القميين وأنت قد عرفت أن الشيخ
ذكرها في (النهاية) وغيرها وان من تقدم عليه كابي علي ومن عاصره صرح بذلك بل هو في كتاب
الدين صرح بذلك وكأنه نسي ذلك الا أن تدعي الفرق بين المقامين فنقول انه يوافق المشهور فيما
اذا اقتسما وكان الدين على متعددين ولا كذلك ما اذا كان الدين على واحد قلت كلامه وتعليقه في
باب الدين يسطي عدم الفرق ثم ماذا تقول فيما اذا كان لما على شخص قفيز حنطة وعشرون درهما
فاقتسما ذلك فكانت الحنطة لواحد والدراهم لآخر فاستوفى أحدهما ولم يستوفى الآخر والحاصل أن
تكلف الفرق لا يكاد يتم وقوله ولا ذكرها أحد من القميين فيه ان غير القميين من الاجلاء العظام
قد رووا المسئلة كما عرفت وكم من حكم ما الم به القميون ثم ان الصدوق روى خبر غياث فيكون داملا
به على ما قاله في أول كتابه وقد رواه أيضاً محمد بن علي بن محبوب وهو قوي وقد روى خبر أبي حمزة تميم
القمي ورثيسهم وهو حمد بن عيسى ثم ان طريق الصدوق الى غياث فيه أبوه وسعد وأحمد وكنهم
قبيون فكيف يقول ولا ذكرها أحد من القميين وقد احتج في شركة (السرائر) على مختاره بأن لكل
واحد منهما ان يبرء الغريم من حقه ويهبه ويصالح على شيء منه دون الآخر ومتى ابرئ برء من
حقه وان بقي حق الآخر وكذا اذا صالح عليه فكما لا يشارك من وهب وصالح المستوفي الآخر
كذلك لا يشاركه هو ان استوفى ولان متعلق الشركة بينهما كان هو المدين وقد نهبت ولم يبق رهنها
الادين في ذمته فاذا أخذ أحدهما حقه منه لم يكن قد أخذ عينا من أعيان الشركة بل من امر
كلي في الذمة لا يتعين الا قبض المالك أو وكيله وهنا ليس كذلك لانه إنما قبض لنفسه ولم يقبض
لشريكه بالوكالة وأنت خير بضعف الملازمة السابقة كما رماها بذلك جماعة واطال في بيانه في (المختلف)
وحاصله الفرق بين اسقاط الحق وقبضه واما دليله الثاني فقد ايداه المحقق الثاني والشهيد الثاني بوجوه
خمس كلها غير وجيهة وان قال في (جامع المقاصد) أن بعضها في غاية المتانة والقوة وان الروايات
لا قاومها وذلك لعدم تحقيق المقام لانها إنما تتوجه لو جعلنا حق الشريك متعينا في القبض على جهة
الشركة والامر عند القائل به ليس كذلك لانهم أجمعوا هنا على ان صاحب الدين أن يطالب به

منفردا لان الاصل في مستحق الدين ان يتسلط على تحصيله واجمعا على أن الشريك اذا لم يحتر
 مشاركته يختص بما قبض وحينئذ فاذا اقبضه المديون شيئا معينا من ماله قد تراضى هو والقابض على
 حصر قبض هذا الامر الكلي الثابت في النعمة في الفرد المقبوض والحال ان مافي النعمة وهو الامر الكلي
 مشترك بين الشريكين فللشريك الآخر اجازة هذا التخصيص في الفرد المعين فيشاركه فيه وان
 لا يميزه فطالب المديون بحقه لان حق التعيين لا يتم الا برضاه وحينئذ فتعين المعين أولا لقابضه
 وهذا هو الوجه في تخييرهم له بين المشاركة ومطالبة المديون بحقه فلي هذا لو اشترى بما قبضه شيئا
 وقف البيع على اجازة شريكه بمقدار حقه (فان قيل) اذا كان تعيين الكلي متوقفا على رضا الشريك
 فيجب أن يبطل حق الشريك القابض من المقبوض أيضا لان الكلي لم يصح حصره في المعين بسبب
 عدم رضى الشريك فكيف يتعين بالنسبة الى واحد دون واحد مع استحالة الترجيح بغير مرجح
 (ويجاب) بأن المرجح موجود هنا وهو أن القابض قد رضى بتعيين حقه أجمع في المعين لكنه كان موقفا
 على عدم اختيار الشريك مشاركته والحال انه ليس بمجموع مافي النعمة حتى يحكم بطلانه بسبب تعلق
 حق الشريك بالتعيين وانما هو بقدر حقه فاذا لم يتخير الشريك مشاركته فيه انحصر حقه فيه لقدمه على
 ذلك في ابتداء القبض وانما توقف على امر وقد حصل وبقي التقدير الآخر باقيا في ذمة المديون للشريك ومن
 هنا وجب على الغريم الدفع اليه لانه بقدر حقه وامره يؤول الى انحصاره فيه أو فيه وفي شريكه وكلاهما يجب
 الدفع اليه والشريك وان لم يجب الدفع اليه قبل المطالبة الا ان هذا المدفوع لم يجب دفعه لاجله بل لاجل
 الشريك المطالب والحاصل ان الحق لما كان قد تمين باختيار المالك وقبض الغريم وانما كان موقفا على
 أمر الشريك فاذا لم يرض به تحقق شرط التعيين للقابض واستقر ملكه على المقبوض وبهذا تدفع
 الامور الخمسة ويظهر أن ليس فيها من القوة شيء كما طه جماعة كما عرفت وستسمع هذه الوجوه فهذا
 المقبوض على المذهب المشهور نصفه يكون ملكا للقابض تاما لتعيينه له على التقديرين بل على القولين
 قماه قبل اختيار الشريك له وتلقه عليه واما النصف الآخر فهو مقبوض بيده لنفسه قضا
 منزلا مراعى باختيار الشريك الرجوع بحصته على المديون فيم أو على مشاركته فينتقل ملكه اليه
 فان اختار الرجوع على المديون تبين ملك القابض له بالقبض وتبعه الثناء وان اختار أخذه ملكه على
 الظاهر من حين قبض شريكه لانه يكون بمنزلة عقد الفضول واما تلقه قبل اختيار الشريك فهو من
 القابض على التقديرين لقدمه على ضمانه ولصوم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وقد بين ذلك كله
 في (المسالك) لكنه بعد ذلك قال ان قول ابن ادریس لا يخلو من قوة كما ستسمع وقد حاول هذا
 التحرير صاحب (التنقيح) ولم يتقحه بقي كلامه مجملا مشكلا ونحوه مافي شركة (التذكرة) والوجوه التي
 ايدوا بها كلام ابن ادریس (اولها) انه ان وجب الاداء بالمطالبة بحقه وجب أن لا يكون للشريك فيه
 حق وقد عرفت الحال في هذا آتيا (الثاني) انه لو كان للشريك في المدفوع حق لزم وجه قبح وهو تسلط
 الشخص على مال غيره بغير اذنه وقد عرفت أن حق الشريك غير متعين على جهة الشركة بل جعلناه
 مخيرا فلا قبح (الثالث) انه لو كان كذلك لوجب ان يبرء الغريم من مقدار حقه من المدفوع
 لاستحالة بقاء الدين في النعمة مع صحة قبض عرضه وجوابه يعرف مما مر (الرابع) انه لو نهى
 الشريك عن قبض حقه فان تمكن من المطالبة بحصته وجب أن لا يكون للشريك فيها حق والا
 امتنع أخذ حقه بمنع الشريك (والجواب) انك قد عرفت أن ليس للشريك حق متعين على جهة

ولا يصح بيع الدين بدين آخر ولا يبعه نسيئة ولو كان الثمن والمثمن من الربويات اشترط في يبعه بمجنسه التساوي قدراً والحلول (من)

الشركة فيتمكن من المطالبة بحقه وللشريك الاجازة بعد وان نهى قبل (الحامس) ان المقبوض اما أن يكون مالا مشتركاً أولاً فان كان مشتركاً وجب على تقدير تلفه ان يتلف منهما كسائر أموال الشركة وتبرء ذمة الغريم منه والا لم يكن للشريك فيه حق وقد عرفت أن ليس للشريك حق متعين وان التلف من القابض لعموم الخبر واقدامه على الضرر وزاد في جامع المقاصد (سادساً) وهو ما اذا ضمن ضامن ل أحد الشريكين حصته فانه يصح الضمان لعموم ادلته فيختص بالمال (بأخذ المال خل) المضمون من الضامن قال وهذا أحد دلائل التمكن من أخذ الحصة منفرداً (وسابغاً) وهو انه لو أجل أحد الشريكين حصته باشتراط ذلك في عقد لازم ونحوه جاز قطعاً فان قبض الشريك بعد ذلك لم يرجع شريكه عليه بشيء لانه لا يستحق شيئاً الآن وتمكنه من تأجيله يقتضي جوار قبض الحصة منفرداً لاستلزامه تمييز حصته عن حصة الآخر فلو امتنع ذلك امتنع التضمين وهذان هما اللذان دعيا صاحب (المسالك) الى القول بقوة قول ابن ادریس وهما ليس بشيء لأن الإبراء والهبة وبيع حقه على المدين ومصالحته عنه وتصلحها على ما في الذم بعضاً ببعض وضمان الغير لأحد الشركين وتأجيل أحدهما حصته ونحو ذلك خارجة عما نحن فيه اذ لا ريب في بقاء حق الشريك وليست كالقبض اذ التميز البهني كاف في صحتها واما في صورة القبض فليس كذلك اذ المال مشترك فان التقدير ذلك فاذا دفع الى أحدهما قائماً دفع عما في ذمته والدفع انما هو المال المشترك فلا يختص به القابض وما ذكره المصنف في الكتاب من انه لو احال كل واحد منهما صاحبه بحصته وقبل المدينان صح قد استشكل فيه في التذكرة ونظر فيه في التنقيح وفي (الدروس) انه لا اثر له لانه توكل في المعنى قلت وجملة من اخبار الباب قد اشير فيها الى ذلك وربما حمل كلام المصنف على سبق الدين كما في (الدروس والحواشي والتنقيح والمسالك والكفاية) وغيرها وحمل أيضاً في (جامع المقاصد والمسالك والروضه) وغيرها على صحة الحوالة من البري وذلك في الحوالة الاولى خاصة لانها حوالة ممن ليس في ذمته دين فيني على صحتها ولا يلزم في الثانية لانها تقع ممن كانت ذمته مشغولة بما أخذه في الاولى وليس هو ممن الحوالة على البري لانها صحيحة على الاقوى لكان اجماع (السراير) وعموم الامر بالوفاء وهو المشهور والمخالف الشيخ في أحد قوليه في (المبسوط) وحينئذ يمكن توجيه بعض اخبار الباب التي تضمنت بظاهرها انها لا اثر لها وتام الكلام في المسئلة في باب الشركة فليحظ قوله ﴿ولا يصح بيع الدين بدين آخر ولا يبعه نسيئة﴾ الكلام يقع في مقامات (الاول) بيع الدين المؤجل بعقد آخر والحال انه لم يحل بدين كذلك (الثاني) ان يكون مؤجلين بهذا العقد كأن يبيع متاعه مؤجلاً بثمن كذلك (الثالث) بيع الدين المؤجل الذي لم يحل بمحاضر مستخص مشار اليه (الرابع) بيع دين مؤجل حال بمحاضر مشار اليه (الخامس) بيع دين حال بدين مؤجل حال (السادس) بيع دين مؤجل حال بمضمون في الذمة حال (السابع) بيع دين مؤجل حال بثمن مؤجل كان يبيعه نسيئة (الثامن) ما اذا كان لكل منهما دين على الآخر فتبايعا بالدينين (اما الاول) فقد قل الاجاع جماعة على فسادهم وقد فسر بيع الكالي بالكالي المصنف والشهيدان والمقداد والكركي وغيرهم بما اذا كان الموضان مؤجلين وانتهى عن بيع الكالي بالكالي بهذا اللفظ من طرق العامة

والذي في اخبارنا انما هو التهي عن بيع الدين بالدين كما في رواية طلحة بن زيد في (الصحيح) في بيع الدين قال لا يبيعه نسيئاً واما قدما فليعه بما شاء ويظهر من (الذكرة) في مقام آخر أن بيع الكالي بالكالي هو بيع الدين بالدين سواء كان مؤجلاً أم لا وظاهره تحريم كلا الأمرين وقد تقدم الكلام في ذلك في المقصد الرابع في أنواع البيع (واما الثاني) ففي مجمع البرهان ان ظاهر العرف وكلام الفقهاء فسادُه وانه كالاول لانه أيضاً بيع الكالي بالكالي ثم احتمل قصره على الاول لانه المتبادر وأيده بالاصل مع علم العلم بالاطلاق عرفاً وبالمصومات مع ان سند روايتي المنع غير معلوم الصحة لان الاولى عامية والثانية ضيقة بطلحة بن زيد البصري فيقتصر على موضع اليقين (قلت) الضعف منجبر بالشهرة والاشتهار كما اعترف هو بذلك وقد صرح جماعة يطلان هذا القسم وفساده وكلامهم في باب السلم معلوم وستسمع الاجماع عن جامع المقاصد بل صرح (في النهاية والسرائر والمختلف والدروس واللمعة وحواشي الكتاب وجامع المقاصد والروضة) يطلان البيع فيما اذا جعل ثمن المسلف فيه ديناً يستحقه في ذمة البائع وهو اقرب الى الصحة مما نحن فيه ولهذا ذهب المحقق وتلميذه الآبي والمصنف في (التحرير) والمقداد والقطيني الى الصحة فيما مثلاً به ومبنى الكلام في مسئلتنا يتوقف على بيان المراد من الدين ببيع الدين بالدين الذي نهى عنه في الخبر وانقد الاجماع عليه هل عبارة عما كان ديناً قبل العقد فيخص بذلك أو يشمل ما صار ديناً بسبب العقد وان لم يكن ديناً قبله والمشهور بل المجمع عليه الثاني كما بيناه غير مرة لان المسلم فيه فيما مثلاً به ليس بدين حال العقد وانما يصير ديناً به مع ان ظاهرهم الاجماع على انه من بيع الدين المتهي عنه لو كان الثمن ديناً غير حال وانما يتأملون فيه من جهة الثمن الذي هو في الذمة وفي حكم المقبوض ولم أجد من أخرج المسلم فيه عن الدين لأن كان بعد العقد لا قبله الا الفاضل الشيخ ابراهيم القطيني وهو على تأخره معلوم التسبب عند من يعتبر ذلك وقال المحقق الثاني في (جامع المقاصد) اسم الدين واقع على المؤجل وان لم يكن قد ثبت في الذمة بعد لان المحققين من أهل اللغة فسروا الكالي بالمؤخر وقد أطبق جميع الفقهاء على أن بيع المؤجل الموصوف بمثله باطل (قلت) وقد سمعت ما ذكرناه في أول الباب في تفسير الدين (ومما ذكر) يعلم حال ما ذكره الشهيد الثاني في كتابه من أن الدين الممنوع منه ما كان عوضاً حال كونه ديناً بمقتضى تعلق الباء به والمضمون عند العقد ليس بدين وانما يصير ديناً بعده فلم يتحقق بيع الدين به ولانه يلزم مثله في بيعه بحال والفرق غير واضح ودعوى اطلاق اسم الدين عليه ان أرادوا به قبل العقد فممنوع أو بعده فمشارك واطلاقهم له عليه عرفاً اذا بيع فيه مجاز ولو اعتبر هذا الاطلاق جاء مثله في الحال اذا لم يقبضه خصوصاً اذا أمهله من غير تأجيل انتهى وهذا ايراد أورده المحقق الثاني وأجاب عنه بما حكيناه عنه (قلت) والفرق بينه وبين الحال أنه مع اشتراط التأجيل وذكره في العقد يصدق انه بيع دين بمثله اما بعد العقد فواضح وأما في أثباته فلان الشرط كالجزء من العقد وترتب الحكم من الصحة والفساد انما يتوقف على تمامه فاطلاق اسم الدين عليه في أثناء العقد وبعده حقيقي بخلاف الحال فانه ان صح اطلاقه في صورة الامهال فمجاز لما عرفت فلا اشتراك فليحفظ (فليحفظ) هذا فانه نافع في المقامات الآتية (واما المقام الثالث) فقد تقدم الكلام آنفاً عند شرح قوله يبيع الدين على من هو عليه (واما الرابع) أغني بيع الدين الحال بمحاضر مشار اليه فقد حكى على جوازه الاجماع في (المقتصر) وهو ظاهر (ايضاح التاسع) وفي (مجمع البرهان) لا كلام فيه وفي (الرياض) لا خلاف في الجواز الا في البيع على غير من هو عليه

فخالف فيه ابن ادريس وقد تقدم ولا فرق في ذلك بين أن يكون مؤجلاً ثم حل أو يكون غير مؤجل (وأما الخامس) وهو بيع الدين الحال بدين مؤجل قد حل فقد جوزة في (الدروس) قال لو كان الدين حالا جاز بيعه بالعين والدين الحال ونحوه ما في (اللمعة) وقواه في (الروضة) ومنع منه الشيخ في (النهاية) والمصنف هنا وفي (التذكرة) في موضع منها والمختلف ومنع في (الوسيلة) والنافع وكشف الرموز وحواشي الكتاب والمذهب البارع) من بيع دين بدين آخر وفي (المذهب) الاجماع عليه قال ما حاصله فلو باعه ديناً في ذمة زيد بدين للمشتري في ذمة عمر ولم يجوز قولاً واحداً واطلاق كلامهم يداول مانعاً فيه فليأمل فيه وما نسبناه الى النهاية هو الذي فهمه منها المصنف في المختلف وهذه عبارة (النهاية) ولا بأس أن يبيع الانسان ماله على غيره من الديون قدداً ويكره أن يبيع الانسان ذلك نسيئة ولا يجوز بيعه بدين آخر مثله وهي محتملة لما اذا كانا مؤجلين أو حالين كعبارة الكتاب والتذكرة لكنه قال في (المختلف) وأما ان كان حالا لم يجوز بيعه بدين آخر مثله وهل يجوز بيعه نسيئة قال في (النهاية) يكره ذلك مع انه منع من بيعه بدين آخر مثله فقد فهم منها المنع من بيع الدين الحال بالحال والا لما صحت المعارضة لان المؤجلين الذين لم يحلوا لم يجوز بيع أحدهما بالآخر اجماعاً (وكيف كان) قال الدين المؤجل اذا حل يحتمل أنه لا يجوز بيعه بدين مؤجل قد حل لصدق اسم الدين عليه لتضمنه الاجل في الزمان السابق على العقد فيلزم حينئذ بيع الدين بالدين اذ لا بعد من اعتبار الاحل فيه اعتباره حين ثبوته فيكون الدين ما ضرب له أجل في أول الامر فلا يتأخر خلوه عنه في ثاني الحال ولذا تراهم يطلقون عليه بعد حلول أجله اسم الدين اطلاقاً حقيقياً لا يصح السلب عنه ويحتمل الجواز للشك في الصدق وهو كما عرفت ولزوم الاقتصار في المنع عن بيع الدين بالدين الخالف للاصل على محل الوفاق وما نحن فيه محل خلاف ليس من محل الفرض وانظر المانع عنه وان كان عاماً لكنه قاصر سنداً يشكل الاعتماد عليه فيما عدى محل الاجماع الا أن قول ان التهمة حارة له سلمنا عدمها لكن استتاره لا يكاد يسكر (وأما المقام السادس) فهو كما ادّ باعه الدين الحال بدين كلي لم يكن مستقراً في ذمته قبل البيع فقد صرح بجوازه (في الشرائع والمدعو كتاب) فيما يأتي (والتحرير والتذكرة والارشاد والمذهب الباع والمقتصر والمسالك والروضة ومجمع البرهان) وهو ظاهر (الدروس واللمعة) وغديرهما وفي ايضاح انما يجوز قطعا وظاهره الاجماع وفي (المسالك والرياض) لا اشكال فيه ويظهر ايضاً من المسالك الاجماع وقد سمعت ما في (جامع المقاصد) آما ودأبه بعد الاصل والعمومات انه لا يصدق عليه لغة اسم الدين ولا الكالي بل ولا عرفاً وان تأمل في العرف المقدس الاردبيلي (وأما السابع) فقد منع منه في (السرائر والتذكرة) في موضع منها (والارشاد والتحرير والدروس واللمعة والمقتصر وجامع المقاصد) واستحسنه (في المختلف) ووجه ما حذرناه في بيان المقام الثاني والمقام الخامس والجواز خيرة (النهاية والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة) في موضع منها (وحواشي الكتاب والتفصيل وايضاح النافع والمسالك) وميل اليه (في الروضة ومجمع البرهان) للأصل وان الدين المنوع عن بيعه بمثله ما كان عوضاً حال كونه ديناً الى آخر ما حكيناه عن الشهيد الثاني في المقام الثاني مضافاً الى ما ذكرنا في حجة الجواز في المقام الخامس وفي كثير مما ذكر صرح بالكراهة وأما الثاني فقد منع منه (في جامع المقاصد) وفصل هو (في حاشية الارشاد) فمنع منه اذا كان مؤجلين لم يحل وجوزة اذا كانا حالين وقد تقدم الكلام في مثله في باب الصرف هذا وحيث يصح البيع فلا بد من مراعاة شروطه كما أشار اليه المصنف بقوله ولو كان الثمن

وارزاق السلطان لا يصح بيعها الا بعد قبضها وكذا السهم من الزكاة والخمس ~~مما~~ المطلوب الثاني في القرض ~~مما~~ وفيه فضل كثير وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب (متن)

والثمن من الربويات اشترط في بيعه بجنسه التساوي قدراً والحلول ~~قوله~~ وارزاق السلطان لا يصح بيعها الا بعد قبضها كما (في المقنة والنهاية والوسيلة والسرائر والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد) لان ذلك غير مملوك ~~قوله~~ وكذا السهم من الزكاة والخمس كما (في السرائر والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد) لعدم ملكه لعدم قبضها (المطلب الثاني في القرض) ~~قوله~~ وفيه فضل كثير وهو مندوب مرغّب فيه اجماعاً كما (في التذكرة) بل استحبابه ضروري لكنه كاد لا يوجد في الغري على مشرفه أفضل الصلاة والسلام (قال الباقر عليه السلام) من أقرض قرضاً الى ميسرة كان ماله في زكاة وهو في صلاة من الملائكة عليه حتى يقتضيه (وعن) كتاب عقاب الاعمال عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من سكى اليه أخوه المسلم فلم يقرضه حرم الله عليه الجنة يوم يجزي المحسنين (وعن الامالي) في خبر الماهي من احتاج اليه أخوه المسلم في قرض وهو يقدر عليه ولم يفعل حرم الله عليه ربح الجنة الى غير ذلك من الاخبار الكثيرة الحاتمة عليه المرعبة اليه ~~قوله~~ وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب هذا من الاخبار المرغبة فيه وقد رواه الشيخ (في النهاية) وابن ادريس في (السرائر) والمصنف (في التحرير) ونقل روايته (في التذكرة) عن الشيخ قال في (جامع المقاصد) الجار في مثله يحتمل أن يتعلق بالصدقة فيكون المعنى القرض بتي أفضل من الصدقة بمثل ذلك الشيء وفصلية في الثواب فيكون الجار في قوله في الثواب متعلقاً بأفضل (وقد يقال) الأفضلية هالاً تكون الا باعتبار الثواب قد يقال ان في الثواب مستترك ويحتمل أن يكون الجار الاول متعلقاً بأفضل ويكون المعنى المراد ان القدر المقرض أفضل من الصدقة به بمقدار مثله في الثواب (ويرده) أن المتفاضل به هو مقدار ثواب المتصدق به لا مقدار مثله فيكون فساد انتهى (قلت) التقدير ثمن المتصدق به يستلزم التقدير بمثل ثوابه فلا فساد كما لا استدراك على التديرين لجوار كون القيد لبيان الواقع من قبيل قتل النبيين غير حق ويطير بجاحبه ودابة في الارض المعنى الثاني هو الاوفق بمناسبة الآخر المشهور وهو ان درهم الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر وذلك لان القدر المعروف من ثواب الصدقة والمشتراك بين جميع افرادها عشرة فكون درهم القرض بعشرين لا انه يرجع الى ثمانية عشر ويوافق الخبر المشهور وذلك لان الصدقة بشهرم متلاً ما صارت عشرة وحصلت لصاحبها حتى أخرج دها ولم يعد اليه فالثواب الذي كسبه في الحقيقة تسعة فيكون القرض بثمانية عشر لانه أفضل منه بمثله لان درهم القرض يرجع الى صاحبه والمفاضلة تما هو في الثواب المكتسب ولك أن تقول أن درهم القرض لما كان يرجع بعينه ويرجع ما قابله من الثواب المخصوص تلك الثمن يكون الباقي ثمانية عشر فتأمل في هذا وما المعنى الاول فاما يدل على أرحمة القرض على الصدقة مطلقاً لا على تقدير الرجحان ثم ان ترتب الثواب عليه فضلاً عن زيادته على ثواب الصدقة فرع التقرب به الى الله سبحانه وتعالى فلو خلى عنه لم يترتب عليه ثواب فضلاً عن زيادته وذلك ظاهر مضافاً الى الخبرين الربا ربا أن أحدها حلال والآخر حرام فاما الحلال فهو أن يقرض الرجل أخاه قرضاً طمعا أن يزيده ويعوضه أكثر مما يأخذ من غيره فهو مباح له وليس له عند الله ثواب فيما أقرضه وهو قوله تعالى فلا يربو عند الله الحديث (وقد روي

ولا بد فيه من (إيجاب) صادر عن أهله (متن)

ترتب الثواب عليه وزيادته على ثواب الصدقة تفضل من الله سبحانه وتعالى وإن لم يقصد القرية لانه لا يقع الا في يد المحتاج ولانه يعود فيقرض مرة أخرى ولا كذلك الصدقة وقد يقع التفضل على كثير من فاعلي البر من غير اعتبار القرية كالكرم والجاهذا وقد روي أن القرض مرتين بمثابة الصدقة مرة ويحمل على الصدقة الخاصة كالصدقة على الارحام والعلماء والاموات قد روي انها على أقسام كثيرة منها ما أجره عشرة ومنها سبعون ومنها (سبعائة خ ل) وسبعائة وسبعون ألفاً **قوله** (ولا بد فيه من ايجاب صادر عن أهله) قال في (جامع المقاصد) ظاهر عباراتهم انه لا بد من الايجاب القولي وعبرة (التذكرة) أدل على ذلك قلت وهو كذلك ففي (المراسم والوسيلة) جملة من العبارات انه يقتصر الى ايجاب وقبول وهذه العبارات ظاهرة في القولي فيها أي الايجاب والقبول وكما ان عبارة (الشرائع) في بعض نسخها (والمسالك والروضة والكفاية) صريحة في ذلك فيها وقريب منها عبارة (اللمعة) وعبرة (التذكرة) كادت تكون صريحة في ايجاب الايجاب القولي وعبرة (الارشاد والتحرير) ظاهرة في اشتراط اللفظ فيها وان تفاوتتا في الظهور وعبرة (التذكرة) في القبول كعبرة الكتاب صريحة في الاكتفاء فيه بالفعل والقولي وهو الذي قرره في (الدروس) قال والا قرب الا كفاء بالقبض لان مرجعه الى الاذن في التصرف وكأن التعليل عليل ان أراد الا كفاء به في الملك كما هو الظاهر ونسب ذلك الى جماعة في (المسالك) قلت بل ظاهر (التذكرة) كما فهمه منها المولى الاردبيلي أنه لا نزاع في القبول الفعلي وانما النزاع في عدمه مطلقاً وقد خلت بقية العبارات عن التعرض للعقد بالكلية لكن كلامهم في الاحكام والثمرات يدل على التوقف على العقد على أحد القولين كقولهم ان ليس للمقرض انتزاع العين وان للمقرض أن يتمتع من رد العين فيرد بدلها وقد يكونون ممن يكتفون بالمعاطاة (حجة) القائل باشتراط الايجاب والقبول القولين انه لا خلاف في افادته انتقال الملك اما بالعقد والقبض أو مع ضمنية التصرف على الخلاف الا في فلا جرم وجب الاتصاف فيه لمخالفته الاصل على ما يتحقق به الانتقال بالاجماع والضرورة وهو ما اذا كان بمقد يتضمن الايجاب والقبول فلا تكفي المعاطاة فيه وان اكتفي بها في حصول اباحة التصرف (قلت) ويكتفي بها في حصول الثواب ولزوم العوض اذ يكفي في ذلك القصد والاعطاء والقبض بذلك القصد ولا ينبغي التراجع في ذلك كما في مجمع البرهان (وحجة) القائل باعتبار اللفظ في الايجاب والا كفاء بالقبول الفعلي سي في حصول الملك وترتب الاحكام كعدم جواز انتزاع العين للمقرض صدق اسم القرض لغة وعرفاً والاصل عدم اعتبار أمر زائد عليه وانه لم يتقل عن العصر السالف اعتبار الصيغة مع استمرار الطريقة على ذلك في الجليل والتفسير بل الظاهر أنهم كانوا يكتفون بمجرد الطلب والقرينة والاعطاء كما يرشد الى ذلك حديث استقرض علي بن الحسين عليهما السلام فانه كالظاهر في ذلك (الا أن يقال) ان ذلك كله من باب المعاطاة وأما كلام أهل اللغة فقد قال في (مجمع البيان) أقرض فلان فلانا اذا أعطاه ما يتجزاه منه وفي (المصباح والقاموس) القرض ما تعطيه لتقاضاه ونحوه مافي (مجمع البحرين) وفي (المصباح المنير) استقرض طلب القرض واقرض أخذه ونحوه مافي (النهاية الاثيرية) وكلامهم هذا وان دل على عدم الحاجة الى القول من الجانبين فتكفي المعاطاة كما احتملناه من كلام جماعة الا انك يمكنك أن تدعي أن ظاهرهم الاجماع على اعتبار اللفظ في

كقوله أقرضتك أو تصرف فيه أو انتفع به أو ملكتك وعليك رد عوضه وشبهه (متن)

الايجاب وقد اكدوا في الوكالة في الايجاب والقبول بما يدل عليهما ولو بالامارة المفهمة في الاول والفعل الدال على الرضا في الثاني من غير خلاف بينهم (١) والمشهور في العارية الا كفاءة بما يدل على الايجاب والقبول وان لم يكن لفظاً كما أن المشهور ذلك في الهبة أعني صدقة التطوع وظاهر (التذكرة) عدم الخلاف بيننا في جواز قبول المضاربة بالفعل وفي الا كفاءة في الايجاب والقبول بكل لفظ هذا مضافاً الى ما سمعته عن (التذكرة) من ظهور عدم الخلاف في الا كفاءة بالقبول الفعلي فيما نحن فيه نعم قال جماعة في الشركة حيث تكون من جملة العقود لا بد فيها من اللفظ الصريح من الجانبين ولعله للفرق بينها وبين الشركة ويحتمل أن يكون مخالفة الاصل ثم الظاهر انه على القولين لا يشترط فيه المقارنة ولا غيرها مما يشترط في العقود اللازمة وهذا كله بناء على المشهور من عدم توقف الملك على التصرف وأما على القول بتوقفه عليه فينبغي أن لا يتوقف على العقد بمعنييه لان ثمرة الخلاف في جواز رجوع المقرض بالعين مادامت باقية ووجوب قبولها لو دفعها المقرض فلي المشهور ليس للمقرض الرجوع بالعين وله ذلك على القول الآخر وكذلك الحال في التمسك قبل التصرف ان قلنا بأنه أي التصرف ناقل للملك حقيقة أو ضمناً يعني قبل التصرف بلحظة يسيرة كما في العبد المأمور بعتقه عن الأمر النبر المالك فانه للمقرض على المشهور والمقرض على القول الآخر ولو قيل فيه بالكشف فيه احتمالان وتظهر الفائدة أيضاً في نفقة الحيوان وفي وقت انعاقه لو كان ممن ينعق على المقرض الى غير ذلك وبذلك يظهر ما في (المسالك) من قوله ولو قلنا بتوقف الملك على التصرف كان قبله بمنزلة الاباحة فينبغي أن لا يتوقف على العقد (الا أن يقال) ان ترتب الأثر بعد التصرف على الوجه الآتي المتأخر للاباحة يتوقف على ما يدل عليه وهو العقد انتهى فتأمل في كلامه الاخير ثم انه ليس في كلامهم تصريح ببيان المراد بالتصرف الموجب للملك على ما ذكره في (المسالك) وبعض العبارات تشعر بأنه الخلف أو الناقل وعن الشهيد أنه مطلق التصرف كما هو الظاهر فيعود الخلاف لفظياً بينه وبين القول الثاني فان القبض نوع من التصرف على ما قد قيل وهذا حديث اجمالي وعمام الكلام يأتي بعون الله تعالى كما يأتي الجمع بين قولهم انه عقد جائز وقولهم ليس للمقرض الرجوع بالعين وان كانت باقية بل له المطالبة بها أو غيرها ويندفع الاشكال عن صاحب المسالك ولعل المصنف أراد بقوله صادر عن أهله ما أشار إليه في (التذكرة) بقوله يعتبر فيه أهلية التبرع لأن القرض تبرع فلا يقرض الولي مال الطفل الا لضرورة ومنه يعلم حال قوله في (الدروس) وأهلوه أهل البيع اذ ليس أهله أهل البيع بل هناك شرط آخر زائد كما عرفت ~~قوله~~ ﴿كقولك أقرضتك أو تصرف به أو انتفع به أو ملكتك وعليك رد عوضه وشبهه﴾ ونحوه ما في التحرير وزاد في (التذكرة) أسلفتك أو خذ هذا بمتله أو خذه وأصرفه فيما شئت ورد مثله وقال جماعة انه لا ينحصر في لفظ كالعقود الجائزة بل كل لفظ دل عليه كفي الا أن أقرضتك صريح في معناه فلا يحتاج الى ضمنية عليك رد عوضه ونحوه وغيره يحتاج اليها كما صرح به في (جامع

(١) وقد يقال ان ذلك من باب المعاوضة في الوكالة والفرق انه لا يثبت بذلك جعل لو كان مشروطاً فيها فتأمل ويجري مثل ذلك في العارية بل في الوديعة بل قيل في الوديعة انها ليست من العقود (منه طالب تراه)

(وقبول) وهو ما يدل على الرضا قولاً أو فعلاً وشرطه عدم الزيادة في القدر أو الصفة (متن)

المقاصد والمسالك والروضة والرياض) ولم يذكر في الارشاد هذا القيد أعني عليك رد عوضه بعد تنفع به وتصرف به ولعله اكتفى بالمقاولة وذكره قبل وقال في (الدروس) له عقد إيجابه أقضتكم أو أسلفتم أو ملكتم وعليكم رد عوضه أو خذه مثلاً أو قيمة أو تصرف فيه أو اتفع به كذلك وشبهه انتهى ولعله لو أخر وعليكم رد عوضه مع قوله مثلاً أو قيمة إلى بعد قوله واتفع به واستغنى عن قوله كذلك لكان أجود وسيأتي الكلام فيما إذا قال له ملكتم وأطلق والضير في شبهه في عبارة الكتاب عائد إلى قوله كقوله أقضتكم ويمكن عوده إلى قوله وعليكم رد عوضه بتأويل هذا المعنى وشبهه قوله ﴿وقبول وهو ما يدل على الرضا قولاً وفعلاً﴾ قد عرفت الحال في ذلك والقائل بافتقاره إلى اللفظ قال لا ينحصر في عبارة فني (الشرائع) هو اللفظ الدال على الرضا ولا ينحصر في عبارة ونحوه مافي التحرير وفي (الدروس واللمعة) قبلت وشبهه قوله ﴿وقبول وهو ما يدل على الرضا قولاً وفعلاً﴾ وشرطه عدم الزيادة في القدر أو الصفة ربوية كانت العين المستقرضة أم غيرها عندنا كما في التذكرة والمسالك وفي (الغنية) الإجماع على أنه يحرم اشتراط الزيادة سواء كان في القدر أو الصفة وفي (السرائر) أنه لا خلاف بين أصحابنا أنه متى شرط زيادة في العين أو الصفة كان باطلاً والإجماع حاصل منعقد على هذا انتهى وفي (المختلف) إذا أقضه شيئاً وشرط عليه أن يرد عليه خيراً مما اقترض كان حراماً وبطل القرض إجماعاً وفي (مجمع البرهان) أن تحريم شرط النفع في القرض عيناً إجماعاً بين المسلمين وفي (الكفاية) يحرم اشتراط النفع لا أعلم فيه خلافاً والحكم المذكور بأطرافه صريح في (المبسوط والسرائر) وما تأخر عنهما وهو معنى قول المحقق في كتابه ويجب الاقتصار على العرض وهذا الإطلاق وما كان نحوه وإن عم صورتي اشتراط الزيادة وعدمها كسوم أدلة تحريم الربا والزيادة إلا أنه مخصصة بالصورة الأولى خاصة كما ستسمع وقد استثنى جماعة من منع اشتراط الصفة ما لو شرط الصالح عوض الغلة فإنه جائز منهم الشيخ في (النهاية) والقاضي والحلي فيما حكى عنهما وابن حمزة في (الوسيلة) وزاد الحلي أيضاً جواز اشتراط العين من التقدين بدل المصوغ منهما واشتراط الخالص بدل الغش وفي (السرائر) أن مراد الشيخ الغلة مكسرة الدراهم وقد صرح في (الوسيلة والنهاية) بالفساد بزيادة الصفة فيما عدا ذلك كما ستسمع كلام الوسيلة وظاهر (التحرير) التردد وقد يلوح ذلك أي التردد من الكفاية وظاهر المحقق المقدس الأرديلي الميل إلى ذلك وتعميم الحكم في المنفعة الحكيمة لا خصوص مافي النهاية وما وافقها بل ربما يظهر من حكايته عن الشيخ والجماعة أنهم عممو الحكم قال وأما اشتراط الزيادة وصفاً مثل أن يشترط الصحيح عوضاً عن المكسور فقتل عن الشيخ والجماعة جوازه وكأنه مثل اشتراط الجيد عوضاً عن الردي للأصل وعدم ظهور دخوله تحت الربا وعدم دليل آخر من إجماع ونحوه وخبر العامة ليس بصحيح ومعارض بخبر محمد بن مسلم ثم ذكر جملة من الأخبار المطلقة في جواز أخذ نفع القرض إلى أن قال نعم يمكن حملها على ما إذا لم يشترط جمعاً بين الأدلة ثم أورد جملة من الروايات الدالة على قبي البأس ما لم يشترط ثم ذكر صحيحة محمد بن قيس وقال هذه صريحة في المنع والتحريم عن الزيادة الوصفية إلى أن قال قولاً أو فعلاً بل ولولا هذه الرواية لكان قول الشيخ والجماعة قوياً بما تقدم من عدم نص صحيح في المنع في الوصف لأن الأخبار المقدمة لنا دلت بالعموم على البأس مع الشرط وهو أعظم من الكراهية والتحريم وكان الحل على الكراهية أولى فأمل (وفيه) مع إطلاق

فلو شرطها فسد ولم يفد جواز التصرف (متن)

بأبي الاصحاب على خلاف هذا القول ومنهم الشيخ في (المبسوط) انه مصادم لاجماع (القنية والسرائر والمختلف) وان ثبوت البأس المدلول عليه بالمفهوم في الاخبار مع الزيادة مطلقاً أو مع الشرط كقول الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي اذا اقضت الدرام ثم جئت بك بخير منها فلا بأس اذا لم يكن بينكما شرط وان كان أم من الكراهية والتحريم الا أن صحيحة محمد بن قيس لما صرحت بالتحريم كما اعترف به هو وجب حمل هذا الاطلاق في هذه الاخبار عليها وتقييدها بها وهذا متن الصحيحة المذكورة من اقراض رجلاً ورقة فلا يشترط الا مثلاً فان جوزي بأفضل منها فليقبل ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة او عارية متاع يشترطه من أجل ورقة ثم ان خبر خالد بن الحجاج قد تضمن ان الربا جاء من قبل الشرط وانما يفسده الشروط والضعف منجبر بالشبهة معتضد بما عرفت وقد رسمه في (الرياض) بالصحة وليس بصحيح لان احداً لم يوثق بخالداً غير ما حكاه ابن داود عن النجاشي قال يحيى بن الحجاج بغدادي ثقة هو وأخوه خالد قائلان لذلك عن النجاشي واستأثر بعضهم زيادة لفظ هو وايداه بأن النجاشي لم يذكر خالداً في الموثقين ولعل مستند الشيخ ومن واقعة كما في (السرائر) موقعة (صحيحة نخل) يعقوب بن شبيب قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الغلة فيأخذ منه الدرام الطازجة طيبة بها نفسه قال لا بأس وذكر ذلك عن علي عليه أفضل الصلوة والسلام ورده في (السرائر) وغيرها بأنه ليس في الخبر للشرط ذكر فلا دلالة فيه فان أعطاه الصحيح والزائد بدون الشرط مما لا خلاف فيه وقد حكى عليه الاجماع جماعة كما ستسمع هذا وفي صحيحة محمد بن قيس المذكورة آنفاً كلام وتحقيق يأتي ذكره قريباً وقد ذكرنا بعضه في باب الربا عند شرح قوله ولو اراد المعاوضة الخ **﴿ قوله ﴾** (ولو شرطها فسد) اي لو شرط الزيادة في قدر القرض أو صفته كأثني عشر في عشرة والصحيحة في المكسرة فسد القرض للاجماعات المحكية آنفاً كاجماع السرائر والمختلف بل واجماع القنية والنبوي المنجبر بالشبهة واستدل عليه في (جامع المقاصد) بالنصوص الدالة على صحته مع الزيادة اذا لم يشترطها (وقد يقال) ان الظاهر من اخبار الباب انما هو بطلان الشرط فان مفهوم نفي البأس مع علم الشرط في كثير منها انما توجه الى الزيادة كوقعة اسحق بن عمار المشتهل على انه ينيله الشيء بعد الشيء كراهية أن يأخذ ماله يحمل ذلك قال لا بأس اذا لم يكونا شرطاه ومثله خبر اسحق الآخر وحسنه الحلبي ونحوه قوله عليه السلام في صحيحة ابن قيس ولا يأخذ أحدكم ركوب دابة الى آخره وقد تقدم لنا في بحث الشروط ان فساد الشرط لا يقتضي فساد العقد على الاصح (وقد يجاب) بأن بعضها أيضاً دال على ما ذكره في (جامع المقاصد) على تأمل وقد قلنا في باب الربا عن (مجمع البيان) وعن ظاهر الاصحاب تحريم المعاملة وما يحصل منها من رأس المال الزيادة **﴿ قوله ﴾** (ولم يفد جواز التصرف) للاجماع وظاهر النصوص المصرحة بفساد الزيادة مع اشتراطها المستلزم لفساد المشروط بها كما في (الرياض) وقد عرفت الحال في ظواهر النصوص وفي (المسالك) الاجماع على انه لا يفيد وهو معلوم من الاجماع المحكية على فساد العقد ويكون مضموناً كما هو الشأن في البيع الفاسد لقاعدة المشهورة بل المجمع عليها وهي كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ومخالف في (الوسيلة) فانه قال والفاسد ما يؤدي الى الربا مثل شرط الزيادة في الصنف أو القدر أو اباحة ما على الرهن فاذا

وان لم يكن ربوياً ولو تبرع المقرض بالزيادة جاز (متن)

كان كذلك لم يملكه بنفس القرض وبقي امانة في يده وقد حمله في (مجمع البرهان) على صورة سجل المقرض واستظهر عدم ضمانه حينئذ لان القاعدة المذكورة لم تثبت عنده بالدليل ولا اجماع عليها لوجود الخلاف في الجملة ولعلمهم الخلاف من ابن حمزة هنا وقد تقدم الكلام في هذه القاعدة لكن المعجب من صاحب الرياض اذ هو ممن يعترف بصحة هذه القاعدة ومع ذلك قيد الضمان بالعلم مستندا الى هذه القاعدة ونسب الخلاف لابن حمزة وقد عرفت أن القاعدة مطلقة كعبارة الوسيلة **قوله** **﴿وان لم يكن ربوياً﴾** قد عرفت ان ظاهر (التذكرة والمسالك) الاجماع على ذلك وقد حاول بذلك التنبيه على أن القرض ممنوع فيه من الزيادة مطلقا لانه انما جعل للارتفاق ومحض الاحسان لا كالبيع الذي انما يمنع فيه من الزيادة في الربويات لانه مبني على المعاملة والمالكه فدلل دخول الباقي بالقرض غير الآية كالتبوي وغيره ولهذا يحرم القرض مع الزيادة وان لم يكن ربوياً ولا يصح اشتراط الصحيح والحيد عوض المكسر والردى فلا يصح أن يقال ان دخول الباقي بالقرض مؤيد للقول بأنه أي الربا يعم جميع المعاوضات اذ القول باختصاصه بالبيع والقرض من دون سائر المعاوضات بعيد كما في (مجمع البرهان) وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب الربا **قوله** **﴿ولو تبرع المقرض بالزيادة جاز﴾** اجماعا كما في (الفتية والتذكرة وظاهر المسالك والروضة) حيث نفى عنه الخلاف فيها والنصوص بذلك مستفيضة وفيها الصحاح وفي (الفتية) الاجماع على انه لا فرق في ذلك بين أن يكون ذلك عادة المقرض او لم يكن وقد نص على ذلك جماعة منهم الشيخ في (المبسوط) وقال جماعة انه لا يكره لاطلاق النصوص (قلت) وفي اخبار الحاشية والعامه ما يدل على عدم كراهية الاعطاء بل على استحبابه والشيخ في (النهاية) بعد ان عد جملة من المواضع التي يجوز قبول الزيادة فيها عينية أو وصفية مع عدم الشرط قال والاولى تجنب ذلك أجمع ونص جماعة على انه لا فرق بين أن يكون ذلك من نيتها أو لم يكن (قلت) ويدل عليه صريحاً بعد اطلاق النصوص خبر أبي الربيع حيث يقول فيه وقد علم المستقرض والقارض انما اقرضه ليعطيه أجود منه قال لا بأس اذا طابت نفس المقرض وقد روى هذا الخبر صحيحاً في (الكافي والتهذيب) الى السراة فهو عند جماعة ملحق بالصحاح وفي (الدروس) انه يكره اذا كان ذلك من نيتها ولم يذكراه لفظاً ولعله بناء على المساعدة في أدلة الكراهية وقد سمعت ما في (النهاية) وهذه الزيادة ان كانت حكمية كالو دفع الكبير بدل الصغير والجيد بدل الردي فقد قال جماعة انه يملكه المقرض بقبضه مستقراً وهو الظاهر وفي (حسنة الحلبي) لو وهبها له كلاً كان أصلح وكأنه عليه السلام اراد الإشارة الى رفع الكراهية وان كانت عينية فالظاهر كون الزائد بمنزلة الهبة فيلزمه أحكامها كما قاله جماعة منهم صاحب الجامع لاصالة بقاء الملك على أصله مضافاً الى اطلاق الهبة عليه في الحسنة في الزيادة الحكمية كما سمعت فتأمل وفي عبارة (مجمع البرهان) في المقام نوع خلل هنا وفي بعض الاخبار دلالة على المنع عن الزيادة مطلقاً كصحيحة يعقوب بن شعيب وقد حملها الشيخ على الكراهية تارة وعلى الشرط أخرى وربما حملت على الثقة كما يفهم من خبر هذيل بن حيان حيث قال وقد سئلت من قبلنا فذكروا ان ذلك فاسد لا يحمل وربما استجود الحمل الاول ولا منافات فيه لما سلف فان موارد ما دل على الفضل في الزيادة انما هو في صورة الاعطاء خاصة ولا كذلك ما دل على المنع فان مورده صورة

ولو شرط رد المكسرة عوض الصحيحة أو الاقتص أو تأخير القضاة لنا الشرط وصح القرض
لأنه عليه لاله ولو شرط رهنا أو كفيلا به جاز لأنه أحكام ماله أما لو شرط رهنا بدين
آخر فالأقرب الجواز (متن)

الآخذ خاصة وقد استوفينا الكلام في هذا الخبر في باب الربا عند شرح قوله ولو أراد المعاوضة على
المتفاضلين وسيجيء الكلام مستوفى أيضاً قريباً وفي (مجمع البرهان) أن ظاهر جملة من الأخبار وجوب
أخذ الأجود ذكره في التذكرة وليس يعيد وعدم الآخذ وتكليف المقرض بغير الأجود مني بالأصل
ولأنه فضل ماله وزيادة بلا مانع فيجب القبول والسخوله تحت مثل المال ولما تقدم من الوجوب في
السلف نعم يمكن المنع في الريادة العينية وهنا أيضاً لا ينبغي مع عدم المنع بل قد يكون له المنع لو قبل
خصوصاً إذا تمسك دفع الحق بغير زيادة لثقل الكيل أو الوزن ولم يقبل أن يأخذ ما يحتمل حقويه
عن الزيادة لو كانت ويدل على استحسان القبول حسن الاقتصاء والقضاء وهو ظاهر انتهى (وقد يقال)
أن الأخبار التي ادعى ظهورها في وجوب أخذ الأجود إنما تضمنت في البأس كصحيحة الحلبي وحسنه
وروايتي خالد وأبي الربيع وهو ليس بتلك المكانة من الظهور في الوجوب وهو يحتاج إلى دليل
صرح واضح ثم أنه إذا كان مكروهاً كيف يكون واجباً وعماك قول أنه استند إلى قوله عليه السلام
في صحيحة ابن قيس فإن جوزي بأفضل منها فليقبل (وفيه) أنه أمر بعد الحظر أو توهمه ﴿ قوله ﴾
﴿ ولو شرط رد المكسرة عوض الصحيحة أو الاقتص أو تأخير القضاة لنا الشرط وصح القرض لأنه
عليه لاله ﴾ وفقاً (للتذكرة والدروس) في الأول مع التصريح في (التذكرة) بأن الأقوى صحته
لازومه والتحرير في الأول والثالث واستشكل فيه في الثاني أعني رد الاقتص سواء كان مما يجري فيه
الربا أولاً وقد يلوح من التذكرة التردد في الثالث أعني اشتراط تأخير القضاء وليس كذلك ووجه
ما قواه فيها أي التذكرة من عدم لزوم هذا العقد حيث يصح أن القرض مبني على المماثلة بين القرض
والعوض فإذا شرط ترك البعض أو التأخير مثلاً فقد وعده بالاحسان ولا يجب الوفاء إنما الواجب أداء
ما اقتضاه القرض (وقد أورد) على تعليل المصنف بأنه لا يرتبط بالدعوى فإن كون الشرط عليه لاله إذا
كان فاسداً لاغياً كيف يصح القرض مع أنه لم يقع التراضي إلا على الوجه المتضمن للشرط (وأجاب)
في (جامع المقاصد) بأن في ذلك تنبيهاً على أن هذا الشرط كما دل على الرضا بالقرض معه دل على الرضا
به بدونه لأنه إذا رضي بما عليه رضي بماله بطريق أولى فيكون الرضا بالقرض واقفاً على وجهين أحدهما
مدلول عليه بمنطوق اللفظ والآخر بفهوم الموافقة فإذا امتنع أحدهما لم يصح القرض باعتبار الوجه
الآخر ﴿ قواه ﴾ ﴿ ولو شرط رهنا أو كفيلاً جاز لأنه أحكام ماله ﴾ هذا ما لا أجد فيه خلافاً كما
يظهر ذلك من (جامع المقاصد) حيث جعل المسئلة الآتية محل خلاف وبالجواز صرح في (التذكرة
والتحرير والدروس وجامع المقاصد) وهو ظاهر الباقي كما يظهر ذلك من كلامهم في المسئلة الآتية
وغيرها وكذلك الحال فيما إذا أقرضه بشرط الاستهاد أو الإقرار به عند الحاكم كما في التذكرة لأن
ذلك كله من التوثيق وأحكام الحجية وليست بمنافع ماله ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو شرط رهنا بدين
آخر فالأقرب الجواز ﴾ كما في (المبسوط والتذكرة والايضاح وكذا الفوائد وجامع المقاصد) وظاهر
التذكرة الإجماع عليه حيث قال ولو شرط رهناً بدين آخر فالأقرب عندهم الجواز وقالت الشافعية أنه

وكذا يجوز لو أقرضه بشرط أن يقتض منه أو يقرضه آخر أو يبيعه بضمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستلف منه (متن)

كشروط زيادة الصفة وهو ممنوع انتهى وخيرة (التحرير وحواشي الكتاب) المنع واستجوده في (الدروس) على الظاهر لتحقق زيادة المنفعة والخير التبوي (وفيه) ان ذلك ليس زيادة في مال القرض وإنما هو شرط خارج عنه وان كان زيادة بحسب الواقع فإن المنهي عنه هو الزيادة في مال القرض والتبوي معارض بالاجاعات والاخبار الآخر كما ستسمع ومنه يعلم الحال فيما اذا شرط كفيلاً بدين آخر وكان صاحب (التقيح) متردد في المسئلة وتام الكلام في المسئلة الآتية ~~من قوله~~ وكذا يجوز لو أقرضه بشرط أن يقتض منه أو يقرضه أو يبيعه بضمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستلف (يستلف خل) (منه) هذه المسئلة من أمهات المسائل ومهمات وقد صنف أستاذنا العلامة الامام الماهر ملا محمد باقر حشره الله سبحانه مع من ضاحجه في الحائر رسالة في تحريم ذلك أعني القرض بشرط البيع المستعمل على الحباة وادعى على ذلك اتفاق الاصحاب وتضافر الروايات وواقعه على ذلك العلامة الخبير المعتبر الشيخ جعفر دام ظله وخالفهما في ذلك أستاذنا الامام العلامة أستاذ الكل في عصره السيد محمد مهدي حشره الله تعالى مع أجداده الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين ولما كان كذلك أحب شيخنا ومولانا العالم العابد الزاهد الخبير التحرير الكامل الشيخ حسين نجم دام ظله ان أنظر الاخبار وكلام الاصحاب وأميز الخطأ من الصواب فذكرت ذلك لسيدنا المشار اليه أسبغ الله رحمته ورضوانه وغفرانه عليه فدل على بعض المطالب وأشار الى ملاحظة كلام كاشف الرموز الحسن بن أبي طالب فنظرت الرسالة المذكورة فوجدتها قد تضمنت أمرين (الاول) ان فتح هذا الباب يسد باب المعروف بالكية (والثاني) ان ذلك قرض يجر نفعاً وكل قرض كذلك فهو حرام فعارضت الامر الاول بما ذكره أصحابنا من الخيل للتخلص من الربا متقين عليه من دون مخالف أصلاً وما ذكره من جواز بيع الشيء بأضماف قيمته حالاً ومؤجلاً من غير خلاف أيضاً فبالأول قد فتحوا باب الحيلة وبالتالي يتحقق سد باب القرض والمعرف لمن أراد ان يقرض دراهم بامل (ليعامل خل) بسببها بما قبله مندوحة عن ذلك ببعض ما ذكره من التخلص كما اذا أراد ان يقرضه مائة بشرط ان يشتري منه المقرض متاعه الذي يسوى عشرة بعشرين فليعه المتاع المذكور بمائة وعشرين ويهبه المائة ويقرضه اياها الى غير ذلك من أنواع التخلص من القرض بشرط البيع مع الحباة وبدونها فاستلنا ان قلنا بالتحريم فيها لم يفتح بها باب المعروف وقد جملوا ما ذكره طريقاً لسده لمن أراد ان قلنا بجوازها لم يكن السد مستنداً اليها بل هي كغيرها من أنواع التخلص فلم يكن هناك شيء لولاها لم يكن (وأما) الأمر الثاني فذكرت أنه مردود بالاجاع والنصوص والتاوي وأسبغت الكلام في رسالة بلغنا فيها أبعاد الغايات (وخلاصة) الكلام في المقام أن الأستاذ رضي الله عنه قال لا يجوز ان يبيع المقرض من المستقرض بأزيد من ثمن المثل أو يشتري منه بأقل أو يصالح أو يمارض (يعاوض خل) كذلك أو يملك منه عيناً أو منفعة بقد هبة أو غيرها وادعى على ذلك الوفاق تارة وعدم الخلاف أخرى وان الروايات بذلك متضافرة ونحن نقول قال الفاضل الآبي اليوسفي في (كشف الرموز) ان الشيخ ادعى الاجاع على أنه لمن يقرض غيره مالا أن يتناع منه شيئاً بأقل من ثمن المثل لا على وجه التبرع بل بسبب

الاقراض وانه لا يعرف له (مخالف مشهور خـل) مخالفاً وقال في (الخلاف) اذا باع داراً على أن يقرض المشتري الف درهم أو يقرضه البائع الف درهم فإنه سائح وليس بمحظور دليلنا إجماع الفرقة وفي (الفتنة) يجوز أن يقرض غيره مالا على أن يأخذه في بلد آخر أو على أن يعامله في بيع أو اجارة أو غيرها بدليل إجماع الطائفة وهذا إجماع باطلاً قهراً يتناول محل النزاع والاطلاق حجة حتى يظهر المختص ودعوى ظهور ما كان ضمن المثل على تقدير تعليلها قول أن ذلك ليس بمحبت يمنع من شمول غيره لكونه خفياً أقصاه أنه أظهر وقد تظهر دعوى الإجماع من الفتنة وتنسج عبارتها برمتها (وفي التذكرة) يجوز أن يقرض الزائد ثم يستقرض الآخر منه الناقص ثم يتباريان سواء شرط في إقرضه ما يفعله الآخر أو لا خلافاً للشافعي فقد قصر الخلاف على الشافعي (فلينأمل) والمراد بفعل الآخر الاقراض والإبراء وقد سمعت مافي (المبسوط والتذكرة والكتاب وكثر الفوائد والإيضاح وجامع المقاصد) من الحكم بالجواز ما إذا شرط فيه رهناً على دين آخر وإن ظاهر التذكرة دعوى الإجماع على ذلك والأستاذ قدس سره في الرسالة حكى عن بعض علماء زمانه دعوى عدم الخلاف إلا من العامة في صحة جميع ما منع هو منه انتهى ويؤيد ذلك الإجماعات المستفيضة على صحة عقد البيع بشرط القرض والاقراض وقد صرح بعضهم بأنها من سنخ واحد كما يأتي قوله عن التقيح وهو ظاهر الفتنة كما تنسج كما هو ظاهر جميع من شرك بينهما في الأدلة بل قد يقال إن الإمام عليه السلام جعلها من واد (سنخ خـل) واحد كما في صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت عن الرجل يسلم في مبيع أو مخر عشرين ديناراً ويقرض صاحب العلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً قال لا يصلح إذا كان قرضاً يجر قنماً فلا يصلح قراءه عليه السلام كيف نفى صلاحية البيع بشرط القرض لأنه قرض يجر قنماً وقد ذكر جماعة هذا الخبر في دليل المانعين في المستثنين ويأتي بيان الحال فيه عند تعرض الأخبار والشافعية لم يفرقوا بين المستثنين وقالوا بفسادها بل قضية استدلال الأستاذ على المنع فيما نحن فيه بأن الشرط في المعاملة جزء العوض أن المستثنين من واد واحد وعلى ذلك تكون الإجماعات المتضافرة في تلك دليلاً على هذه لكننا نحن قد تأمل في كونها من سنخ واحد وصرح بعضهم بأنها مختلفان وهو ظاهر آخرين كما يأتي بيان ذلك كله والقرض أن ذلك لازم للأستاذ ومن صرح بالاتحاد أو ظهر منه ذلك وفي (النهاية والسرائر وجامع الشرائع) يجوز أن يقرض غيره مالا على أن يعامله في التجارات وهذا باطلاً يتناول ما كان ضمن المثل أو أزيد أو أنقص كما تقدم نحوه في عبارة الفتنة وفي (التذكرة) القرض قابل للشروط السائفة فلو أقرضه شيئاً بشرط أن يقرضه مالا صح ولم يلزمه ما شرط بل هو وعد وعده وكذا لو أقرضه بشرط أن يقرض منه أو يبيعه ضمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستلف منه كما في (الكتاب وجامع المقاصد) وهو ظاهر الكاشاني في الوافي أو صريحه وحكى الشهيد عن السيد العبد القول بال لزوم خلافاً لما في التذكرة وإن له الفسخ والرجوع في المين إذا تعذر الحاكم أما مع وجوده فله الزامه بما شرط لأنه يجب الوفاء وفي موضع آخر من التذكرة لو كان له عليه دين فطالبه فسأله الصبر عليه إلى وقت معلوم بشرط أن يشتري منه ما يساوي مائة بثمانين جاز والمخالف المصنف في (التحرير) قال لو شرط في القرض أن يؤجره داره أو يبيعه شيئاً أو يقرضه مرة أخرى جاز أمالو شرط أن يؤجره داره بأقل أو يستأجر منه بأكثر فالوجه التحريم ومنع فيه أيضاً من اشتراط رهن أو كفيل على قرض آخر كما سمعت وظاهر الشهيد في (الدروس) موافقة في ذلك على تأمل في ظهور

ذلك من الدروس ومنسجم كلامه في المسئلة الآتية واستجود في حواشيه على القواعد المنع من اشتراط الضمين والكفيل على قرض ومنع مولانا المقدس الاردبيلي من اشتراط العارية لرواية محمد بن قيس وقل في (كشف الرموز) عن بعض الاصحاب المنع من اشتراط المعاملة المحاباة وتردده فيه وهو الذي يلوح من صاحب التنقيح كما انه قد يظهر من (المختلف وغاية المرام) موافقة الأستاذ قدس سره قال في (المختلف) في ذيل كلام له في مسئلة البيع بشرط القرض المتنازع فيه اباحة البيع بالمحابة مع اشتراط القرض لا العكس وقل هذا الكلام في غاية المرام سا كما عليه اذ قد قال ان أقصى ما في المختلف نفي كون ذلك محل نزاع بينه وبين أهل عصره فيحتمل أن يكون حكمه عنده ويكون بخلافه وأن يكون متردداً والانصاف ان هذا عدول عن الظاهر وقل الأستاذ عن المحقق موافقة ولعله أشار الى قوله في الحيل الشرعية كل ذلك بغير شرط ونحن قد نواقه في ذلك أي اشتراط الهبة كما منسجم في الكلام على صحة محمد بن قيس أو أشار الى قوله ولو شرط النفع حرم والسوق يعطي أنه مساق لغير هذا وستعرف أن المراد من النفع في كلامهم الزيادة في نفس مال القرض واشتراط النفع كذلك ما لا خلاف في حرمة كما سمعته فيما مضى عن الكفاية ثم ان هذه الكلمة قد وقعت لمن جوز او تردد ثم ان الشهيد وصاحب التنقيح حكيا عن المحقق التردد في بعض تصانيفه فيما اذا جعل القرض شرطاً في البيع مع المحابة كما منسجم وقال صاحب (التنقيح) ان له كلاماً واحتجاجاً لا يحسن ذكره وقد عرفت أن ظاهره أي المقداد أن المسئلتين من سنخ واحد ويأتي تمام الكلام في حال هذه الكلمة وقل الأستاذ عن أبي طالب الحسيني موافقة في رسالته الفارسية ولعلها كعبارة الشرايع ونحوها واستظهر من الاستبصار موافقة ولعله ظهر له مما ذيل به فيه خبر يعقوب بن شعيب ويأتي قلبه وانه ليس من الظهور في شيء كما انه نسب الى (القواعد وجامع المقاصد) موافقة والموجود فيها صريحاً مخالفتها كما رأيت وسمعت واقوى ما استند اليه من كلامهم اطلاقهم انه لو شرط الزيادة في القرض فسد ولو تبرع جاز وقولهم لو شرط النفع حرم ولم ينفذ الملك فقال ان قهائنا رحمهم الله تعالى باجمعهم صرحوا بان القرض بشرط المنفعة حرام مطلقين للفظ غير مقيد بما اذا لم تكن معاملته محاباة او غيرها كالعارية والهبة بل خصوصاً الحيلة بصورة التبرع وافقت عباراتهم ولم تختلف مقالاتهم اصلاً ورأساً (قلت) هذا هو الامر الثاني من الامرين الذين بنيت عليهما الرسالة وفي الاستناد الى هذا الاطلاق نظر من وجوه (الاول) انهم قد اتفقوا على اشتراط الرهن وقالوا لو شرط في الرهن انتفاع المرتهن به جاز وهو نفع جره القرض (الثاني) ان من ادعى موافقتهم له كالمصنف في التحرير والشهيد وغيرها قد جوزوا القرض بشرط البيع بدون محابات بل الظاهر اطباقهم على ذلك كما عرفت وهذا نفع جره القرض (الثالث) ان الشيخ وجماعته كثيرين جوزوا اشتراط رهن على دين آخر بل قلنا ان ظاهر التذكرة الاجماع عليه كما عرفت ذلك آنفاً (الرابع) ان الشيخ والتميمي والقاضي والحلي والعماد جوزوا اشتراط اعطاء الصحيح بدل الغلة وسمعت ما زاده ابو الصلاح فابن اتفاق عباراتهم وعدم اختلاف مقالاتهم اصلاً ورأساً (الخامس) قد قل الاجماع جماعة على جواز ان يقرضه بشرط ان يعطيه في بلدة اخرى وهذا نفع جره القرض في بعض الاحوال وعليه استمرة الطريقة في الاعصار والامصار وحصول النفع قد يكون من خوف الطريق او زيادة في سعر او كمال رغبة (السادس) ان الاجماع السالفة مع تصريح جماعة بما قد فيها مقيدة لهذا الاطلاق (السابع) ان الاطلاق معارض باطلاق الاخبار المتضاربة ان خير القرض ما جر نفعا (الثامن) انه

موافق للعامة كما حكاه عنهم (في التذكرة) والرشد في خلافهم ولهذا احتل جماعة في خبر يعقوب ابن شعيب المتضمن ان القرض اذا جر نفعاً لا يصلح حمله على التقية وقد صرح جم غفير من اصحابنا بان الخبر المروي عنه صلى الله عليه وسلم المتضمن ان كل قرض جر نفعاً فهو حرام من طرق العامة وليس من طرقنا والتابع يشهد بذلك (التاسع) ان السياق في كلامهم وملاحظة اطرافه يدلان على ان المراد بالنفع هو الزيادة في نفس مال القرض لا ما كانت بسبب آخر خارج وان كانت زيادة بحسب الواقع كما تقدم بيانه آنفاً وبذلك جموا بين الاخبار كما في الحدائق (العاشر) ان هذا الاطلاق معارض بالاخبار المصرحة بجواز القرض بشرط المعاملة مع المحابة كخبر اسحق بن عمار وخبر عبد الملك بن عتبة بل قد عقد في الوافي باباً سردياً فيه شرطاً صالحاً من الاخبار المتضمنة لذلك (الحادي عشر) ان هذا الاطلاق معارض بالاجماع المستفيض على جواز البيع بشرط القرض بناء على ان المستثنى من باب واحد (الثاني عشر) انه معارض بما لعله يظهر من دعوى الاجماع في (التذكرة) على جواز القرض بشرط الاقراض او الابراء وبما يظهر منها من دعوى الاجماع ايضاً على جواز اشتراط رهن على دين آخر كما قد عرفت أفبعد هذا كله يستند الى هذا الاطلاق ويدعي عليه الوفاق قد تحصل ان النفع عندهم على ضربين حرام وحلال فلحرام ما كان في نفس مال القرض من زيادة في القدر أو الصفة على خلاف في بعض أقسام الصفة قد سمعته آنفاً وأما محور ركوب الدابة فيدخل في الصفة والحلال ما كان بشرط خارج عن ذلك وبذلك تلتم الكلمة ويجمع بين الاخبار كما ان الربا ربوان حرام وحلال فللحلال ما قاله الصادق عليه السلام في تفسير قوله تعالى (وما آتيتكم من ربا ليروا في أموال الناس) الآية قال هو هديتك الى الرجل تطلب منه الثواب افضل منها فذاك ربا يوكّل ثم ان ما ورد في علة تحريره فهو لبيان الحكمة لا العلة والاحرمة الحيل التي ذكرها الفقهاء ودلت عليها الاخبار ومن ذلك يعلم الحال فيما ذكره الاستاذ قدس سره من أن الحيل الشرعية انما تتحقق في موضوعات الاحكام لا فيها انفسها وانما هنا فيها نفسها لان النفع المحرم اعم من المعاملة المحاباة عندهم (لانا نقول) على تقدير تسليم الحيلة هنا وان ذلك ليس امراً على حده قضت به الاصول رالادلة انما هنا في الموضوع لمكان المقد الآخر كما هو الشأن في الربا الحلال وقد ادعى الاستاذ قدس سره انه يظهر من المولى الاردبيلي عدم الخلاف فيما ادعاه هو وكذا من الفالح الصميري ولقد ثبتت مجمع البرهان فما ظهر لي ذلك المظهر بل قد سمعت انه في مجمع البرهان مال الى جواز اشتراط الزيادة في الصفة مطلقاً فتجاوز مضمار الشيخ والقاضي والتقي والعمادواستدل بالاصل وعدم ظهور دخوله تحت الربا وعدم دليل آخر من اجماع وقال ان خبر العامة ليس بصحيح ومعارض بحسنة محمد بن مسلم المتضمنة ان خبر القرض ما جر نفعاً وقال ان هذه الرواية ورواية العامة الى آخر ما قلتم نقله عنه آنفاً فكيف يرجي من صاحب هذا الكلام نفي الخلاف عما ادعاه الاستاذ مع شدة ما بينهما من الاختلاف نعم منع من اشتراط العارية لمكان الرواية كما عرفت آنفاً وما زاد الفاضل الصميري في (غاية المرام) على نقل كلام العلامة في المختلف وقد سمعته آنفاً فكانت النسبة الى المصنف في المختلف أولى نعم أسهب وأطنب في ايضاح كلام المختلف وقال في موضع آخر منها لو عين الثمن في اشتراط البيع على زيد لزم وان كان أقل من ثمن المثل ولو اشترط الرهن والكفيل لزم ولو اشترط على دين آخر جوزه العلامة في (القواعد) ومنعه في التحرير لما فيه من جر النفع انتهى (احتج) الاستاذ قدس سره ومن نقل عنه المنع كاشف الرموز بخبر محمد بن قيس وهو أقصد ما يستدل به لهم عن أبي

جعفر عليه السلام قال من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلا مثلها فإن جوزي بالأجود منها فليقبل ولا يأخذ أحد منكم ركوبة دابة أو عارية متاع من أجل قرض ورقة وجه الدلالة النهي عن كل شرط سوى شرط عوضه وأخذ مثله وحصر الشرط الجائز فيه فقط وقد أجيب عنه في (كشف الرموز والمختلف) باشتراك محمد بن قيس بين الثقة وغيره (قلت) الظاهر أنه الثقة لأنه روى عنه يوسف بن عقيل وقد قال النجاشي أنه وعاصم ابن حميد يرويان عنه وقال النجاشي والمصنف في (الخلاصة) إن البجلي له كتاب وتقالا عن القميين أن ليوسف بن عقيل كتاباً وقال الظاهر أن الكتاب لمحمد بن قيس ولأنه تلميذه وينقل عنه ولم ينقلوا ولا غيرها أن لمحمد بن قيس الضعيف الذي يروي أيضاً عن أبي جعفر عليهم السلام كتاباً وكذا الممدوح مع عدم ثبوت نقله عن الإمام عليه السلام (وأجاب في المختلف) أيضاً بأنها معارضة بقولهم عليهم السلام خير القرض ما جر نفعاً ولا ينفى عليك أن العلامة في المختلف أنما تعرض للبيع بشرط الاقراض وقد استدل وعارض بما سمعت وهذا يؤيد ما قد قيل من تساوي المستثنين (ونحن نقول) في الجواب (أولاً) أنها معارضة بالأخبار الأخر التي يأتي نشرها وهي غير ما ذكره في المختلف (وثانياً) بأنها متروكة الظاهر على ما بيناه في وجه دلالتها من حصر الشرط الجائز في المثل وقد عرفت انعقاد الاجماع على جواز اشتراط الرهن والكفيل والبيع بدون محاباة وغير ذلك (وثالثاً) أن تعليق الحكم على الورق قد بشر بجواز ذلك في غيره لآلانه مفهوم لقب فقط بل لمكان التعليق عليه وعدم حاجة إلى ذكره لو لم يرد التقي عما عداه لأنه يمكن أن يقال لو أقرض قرضاً أو شيئاً وانما يلغى مفهوم اللقب حيث لا يتأتى التعبير عن المراد إلا به كما في قولنا زيد موجود ومحمد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذلك كان معتبراً قطعاً في عبارات الفقهاء وبه ثبت الوفاق والخلاف وعلى هذا يكون الخبر متروك الظاهر أيضاً بالاجماع المتقول في (الخلاف وظاهر التذكرة) على أنه لا فرق بين مال القرض ربوياً كان أو غير ربوي في تحريم الزيادة مع الشرط بل الاجماع على ذلك معلوم (ورابعاً) بأن قوله عليه السلام فإن جوزي بالأجود فليقبل قرينة على أن المراد بقوله لا يشترط إلا مثلها أنه لا يجوز أن يقرضه بشرط أن يرد الصحيح عن المكسر ولا الجيد عن الردي ولا بشرط زيادة القدر كما هو في جملة الأخبار ستسمعها وقد عرفت أن هذا هو الذي فهمه الأكثر من الأخبار وجعلوه وجه الجمع بل قد وجدت بعض الاجلاء يستدل بالخبر المذكور على جواز البيع بشرط الاقراض ويستعجب من العلامة في المختلف كيف سكت عن الاستدلال به ثم إن صحة الخبر ليست بتلك المسكنة من الوضوح فيرجع عليه ما هو أوضح منه صحة أو كان معضداً بشيء آخر وأما ما اشتمل عليه من تحريم اشتراط العارية فقد نقول به وكذلك الهبة الغير المعوضة لأنها ليست معاملة محضة لكن تسميتها معاملة في عرفهم يوجب دخولها تحت عقدة اجماع الغنية إلا أن نقول لا فرق عرفاً بين قوله بشرط أن تعطيني أو تهيني فليأمل جيداً (واحتجوا) أيضاً بصحيح الحلبي قال سأله عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدداً ثم يعطي سوداً وقد عرف أنها أقل مما أخذ فطيب نفسه أن يجعل له فضلاً قال لا بأس إذا لم يكن فيه شرط ولو وهبها له كان أصح (وفيه) أنه إنما تضمن المنع عن زيادة القدر (فإن قلت) عدوله عليه السلام عن قوله ما لم يشترط إلى قوله ما لم يكن فيه شرط ربما يدل على عموم الشرط بحيث يشمل المعاملة (قلت) هو مخصوص لمكان السياق والأخبار الأخر سلمنا لكن إقصاء أنه دل بمفهومه على وجود البأس وهو ليس نصاً في التحريم كما أشار إليه المولى الأردبيلي حيث قال إن غير خبر محمد بن قيس لا ينهض دليلاً أنهى (وفيه) أن الظاهر من وجود البأس خصوصاً في باب الربا التحريم بل قد يقال

كما قال الشهيد ان كلمة لا بأس تنفي الكراهية فالمدار في الجواب على أنه مخصوص (واحتج) لهم في (كشف الرموز) بخبر يعقوب بن شعيب وهو صحيح قال سأله عليه السلام عن الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين دينارا ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين دينارا قال لا يصلح اذا كان قرضا يجر نفعا قال وسأله عن الرجل يأتي حريقه وخطيئه فيستقرضه الدنانير فيقرضه ولو لا أنه يخافه ويحارقه ويصيب عليه غلته لم يقرضه فقال ان كان معروفا بينهما فلا بأس وان كان انما يقرضه من أجل انه يصيب عليه غلته فلا يصلح (قلت) كأن المراد من صدر الخبر في كلام السائل أن المشتري يعطي بصيغة السلم وبصفة القرض ثم يأخذ من المقرض بالقرض بقدر ما يأخذه بالسلم فالمراد بصاحب السلم البائع وعلى هذا فلا اشكال وان كان المراد أنه يبيعه بشرط أن يقرضه وقلنا ان قوله عليه السلام لا يصلح ظاهر في التحريم كان معارضا بالأخبار الدالة على صحة اشتراط القرض في البيع والاجماع المستفيضة وان كان المراد أنه يقرضه بشرط البيع بدون محاباة كان معارضا بالاجماع المعلوم وان كان مع المحاباة كان معارضا بالاجماع المتقولة والأخبار المستفيضة الدالة على صحة ذلك البيع وبالأخبار الدالة على أن خير القرض ما جرنفعا وقد احتل صاحب الوافي حملة على التيقه كما جزم صاحب الحدائق وهو حسن بالنسبة الى ما عدى المعنى الاول والشيخ في (الاستبصار) احتمل الكراهية والحمل على الاشتراط كما سمعته فيما سلف والاحتمال الاول أغني الحمل على التيقه لا يناسب المعنى الاول كما عرفت بل يناسب ما عداه والاحتمال الثاني يناسب الاول كما يتنا فيما سلف فان كان المعنى الثاني أظهر تبين حملة على التيقه وكذلك الحال في المعنى الثالث والرابع وهما بيدان فتبين أحد الاولين وعلى ارادة أولهما لا غبار عليه هذا كله ان قلنا لا يصلح ظاهر في التحريم والا فقد تأمل فيه من قد تأمل وعليه فيجىء كلام آخر (وأما) عجزه فهو ظاهر أو نص في غير المعاملة والكلام انما هو فيها على انه معارض بمرسلة جميل الذي قال فيها ويصرفون لنا غلاتهم فبيعها لهم بأجر ولنا في ذلك منفعة فقال لا بأس قال ولا أعلم الا قال لولا ما يصرفون لنا من غلاتهم لم ترضهم فقال لا بأس وهذا واضح الدلالة مروى في (التقيصم والتهذيب) هذا كله ان قلنا ان منطوق لا يصلح ومفهوم لا بأس ظاهران في التحريم وقد يستدل لهم بخبر أبي الربيع وهو محمول على التبرع كما أسعناكه عند شرح قوله ولو تبرع المقرض وليس فيه دلالة لهم أصلا ان لم يكن عليهم ومثله صحيحة يعقوب بن شعيب الاخرى التي هي مستند الشيخ في نهايته ومن واقع في جواز اشتراط الجيد عوضا عن الردي وقد سمعنا عند شرح قوله وشرطه عدم الزيادة واستدل لهم كاشف الرموز بالاحتياط (وفيه) أنه ليس بدليل شرعي والاقدام على تحريم ما لم يعلم تحريمه حرام لأن احتمال الصحة قائم وهو مقدم على احتمال الفساد في المعاملات فالحكم بالبطلان يكون نهجا على منع المسلم من مال يحتمل أن يكون ملكه (فان قلت) ان احتمال الصحة غير قائم (قلنا) فلا وجه حينئذ للاحتياط وأما استناد الاستاذ قدس سره الى أنهم في الجبل الشرعية صرحوا بأنه لا يجمل هبة الزائد شرطا وعلوه بان الشرط جزء العوض (وفيه) أن المصريح انما هو المحقق والشهيدان في (الشرائع والدروس واللمعة والروضة) ولا رابع لهم فيما أجد فكيف يبرر عن ذلك بما لعله يظهر منه ارادة الجميع وقد سلف لنا أنا قد نواقه على ذلك لمكان العرف كما سمعت (حجة) القائلين بالجواز بعد الاجماع التي قد سمعنا آفا عموم الكتاب والاصل والأخبار المتضافرة بأن خير القرض ما جرنفعا كما في حصة محمد بن مسلم أو صحيحته عن أبي عبد الله عليه السلام

حيث قال قلت ان من عتقنا يرون أن كل قرض يجر نفعا فسد فقال أوليس خير القرض ما جر نفعا ومثله خبر محمد بن عبده ومرسلته بشر بن مسلمة المروية (في الكافي والتهذيب) بطريقين وخبره الآخر وهو صحيح على الصحيح في الحسن بن علي بن فضال الى غير ذلك من أخبار الباب وقد عقد له صاحب الوافي بابا واسعا (وخبر) محمد بن اسحق بن عمار قال قلت لابي الحسن عليه السلام أن سلسيل طلبت مني مائة ألف درهم على أن تربحني عشرة آلاف درهم فأقرضها تسعين ألفا وأبيعها ثوبا أو شيئا قوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم قال لا بأس (وفي رواية) أخرى لا بأس اعطها مائة ألف درهم وبها الثوب بعشرة آلاف درهم واكتب عليها كتابين والخبر صريح في المطلوب ومحمد بن اسحاق عند الاستاذ ثقة لم يثبت وقفه كما انه لم يثبت عنده ضعف علي بن حديد فيكون حجة عنده (وخبر) محمد بن اسحق أيضا عن الرضا عليه السلام الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم ويؤخر عليه المال الى وقت قال لا بأس قد أمرني أبي عليه السلام ففعلت ذلك وزعم انه سأل أبا الحسن عليه السلام فقال له مثل ذلك (قلت) البيع انما جاء من الفرض ولا تأثير للتأخير بل القرض وتأخيره سواء كما أشار اليه (في الدروس) وخبر عبد الملك بن عتبة وهو صحيح على الصحيح الا أنه مضر وهو حجة عندنا والمسؤول إما الصادق أو الكاظم عليهما السلام قال سأله عن الرجل يريد أن أعينه المال ويكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب مني مالا أزيده على مالي الذي لي عليه أيسقيم أن أزيده مالا وأبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم فأقول له أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخر ثمنها ومالي عليك كذا وكذا شهرا قال لا بأس وصحيح محمد ابن اسحق بن عمار على الصحيح قال قلت لابي الحسن عليه السلام يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرني بها وأنا أربحك بها فأبيعه حبه قوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال بعشرين ألف درهم وأؤخره بالمال قال لا بأس (ومثله) خبر مصدق بن صدقة وكذا مرسل يونس وخبر سليمان الديلمي عن رجل كتب الى العبد الصالح عليه السلام يسأله اني أعامل قوما أبيعهم الدقيق أربع عليهم في القفيز درهمين الى أجل معلوم وانهم يسألوني أن أعطيهم من نصف الدقيق دراهم فهل من حيلة لا أدخل في الحرام فكتب اليه أقرضهم الدراهم قرضا وارزد عليهم في نصف القفيز بقدر ما كنت ترجح (وأما) خبر يونس الشيباني قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يبيع البيع والبائع يعلم أنه لا يسوى والمشتري يعلم أنه لا يسوى إلا أنه سيرجع فيه فيشتره منه الى أن قال فقال لا شربته فليس مما نحن فيه على أنا نحمله على المتبايعين الذين لم يقصدا البيع ولم يوجبا في الحقيقة ومما يشهد على ما نحن فيه ما قد يدل بظاهره على حصر الربا الحرام فيما اذا كان النفع مستندا الى نفس مال القرض فنه (ما رواه) في الفقيه من قوله عليه السلام الربا ربوان ربا يؤكل الى أن قال والربا الذي لا يؤكل فهو أن يدفع الرجل الى الرجل عشرة دراهم على أن يرد عليه أكثر فهذا الذي نهى الله تعالى عنه ومثل ذلك بعينه ذكر في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام وهو حجة عند الاستاذ قدس الله تعالى روحه فأين يقع خبر محمد بن قيس على ما فيه من هذه الاخبار المستفيضة المتعاضدة المتعزدة بما عرفت وقد عرفت أن قضية استدلال الاستاذ دام ظله بأن الشرط في المعاملة جزء العوض انه لا يجوز عنده البيع بشرط الاقراض أو القرض وقد عرفت أن جماعة جعلوا المستثنين من واد واحد وأن الشافعية مخالفون لنا في المستثنين لانهما عندهم على حد سواء فالواجب أن تعرض الأخرى على

ولو قال أقرضتك بشرط أن أقرضك غيره صح ولم يجب الوعد بخلاف البيع (متن)

سبيل الاجمال قال علم الهدى في (الاتصار) مما انفردت به الامامية جواز ابتياع الانسان من غيره متاعا أو غيره على أن يسلف البائع أو يقرضه مالا الى أجل أو يستقرض منه وأنكره باقي الفقهاء وحظروه وحبثا بعد الاجماع دخوله في عمومات البيع وقد نص على ذلك كله المفيد في (المقنة) بهذه العبارة مع زيادة أو يستسلف (يستلف خل) منه واقتصر على نسبة الخلاف الى أهل الخلاف وقال لسنا نعرف لهم حجة على الانكار وذلك لان البيع واقع على وجه حلال والسلف والقرض جائزان واشترطهما في عقد البيع غير مفسد له بحال وقد مثل الباقر عليه السلام عن القرض يجر نفقا فقال خير القرض ما جر نفقا وهذا منه تنبيه على اتحاد المستلئين وفي (المبسوط) نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وهو أن يبيع مثلا دارا على أن يقرضه المشتري ألف درهم وهذا عندنا مكروه وليس بمفسد للبيع وفي (غاية المراد) هذا عندنا سائغ وفي (الخلاف) الاجماع عليه وفي أربعة مواضع من التذكرة أنه يجوز عندنا ابتياع الانسان من غيره متاعا أو غيره بشرط قرض أو هبة أو بيع آخر أو اجارة وفي (كشف الحق) ذهب الامامية الى جواز بيع أشياء بشرط سائغ وأبو حنيفة والشافعي أبطلا ذلك وفي (كشف الرموز) لو كان البيع جارا للقرض فالمقد صحيح كما أفق به الاصطحاب وبه أفق وأجزم القول وقال أيضا قد وردت ألفاظ الاصحاب من الثلاثة وسار وكثير من تابعيهم على انه لا بأس أن يتاع الانسان من غيره متاعا أو حيوانا أو غير ذلك بالنقد والتسيرة ويشترط أن يسلفه شيئا أو يستسلف (يستلف خل) منه في شيء أو يقرضه شيئا معلوما الى أجل معلوم أو يستقرض منه والبيع والوفاء به لازم وربما يدعى على هذه المسئلة الاجماع انتهى وفي (المختلف) المشهور بين علمائنا الماضين ومن عاصرناه الا من شذ انه يجوز بيع الشيء اليسير باضعاف قيمته بشرط أن يقرض البائع المشتري شيئا لانهم نصوا على جواز بيع الانسان شيئا ويشترط الاقراض والاجارة والسلف وغير ذلك من الشروط السابقة وكان بعض من عاصرناه يتوقف في ذلك قلت المتوقف شيخه المحقق نص عليه في (الدروس والنتائج) كما عرفت وقال في (الدروس) لا وجه لتوقفه ثم احتج عليه في المختلف بخمسة وعشرين دليلا بعضها على سبيل الاحتجاج وبعضها على سبيل الالتزام وبعضها لم يظهر لنا وجهها ودعى في (المختلف) في أثناء الاحتجاج اتفاق علماء الامامية على ذلك قال لانهم قالوا لا بأس أن يتاع الانسان من غيره متاعا أو حيوانا أو غير ذلك الى آخر ما نقله عنهم في (كشف الرموز) وقد أسعنا كما ثم قل في (المختلف) واجماع الامامية حجة ثم قل عبارة المقنة برمتها وقال الشهيد في (قواعده) الشرط الذي لا ينافي المقد كشرط خياطة ثوب وقرض مال صحيح عندنا فهذه الاجامعات التي كادت تكون متواترة ان لم تكن دليلا على المسئلة الاولى لان كانت هذه من منخ تلك كما سمعته عن جماعة فلا أقل من أن تكون شواهد وامارات تعضد أدلة تلك بها ويستأنس بها لما حقه قوله  ولو قال أقرضتك بشرط أن أقرضك غيره صح ولم يجب الوعد بخلاف البيع  لانه عقد لازم من الطرفين فما تضمنه من الشروط الصحيحة معتبرة في العوضين فيلزم بخلاف القرض فانه جائز من الطرفين أو من طرف المقرض وأعاد هذه المسئلة وقد تقدم ذكرها في قوله أو يقرضها لبيان عدم وجوب الشرط لانه وعد عليه لانه ورضاه ثابت معه وبدونه بطريق أولى فلا يفسد العقد ولا يلزم الشرط بل لو كان له كما اذا كان لزمان نهب

ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وقدره فان كان مثلياً ثبتت في الذمة مثله كالذهب والفضة وزنا والحنطة والشعير كيلا ووزناً والخبز وزناً وعدداً للعرف وغير المثلي ثبتت قيمته وقت القرض لا يوم المطالبة (متن)

أوغرق صح القدر كما عرفت آتفاً واحتمل المنع حينئذ في الدروس احتمالاً **قوله** (ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وقدره) قد قرروا لما يصح قرضه ضابطاً وهو كل ما يضبط وصفه وقدره قالوا فهذا يجوز اقراضه فيجوز اقراض الذهب والفضة وزناً فيرد وزناً وعليه اقتصر الاكثر وقال في (التحرير) لو كانت الدراهم مما يتعامل بها عدداً اشترط تعيين العدد ويرد عدداً ولم يتعرض للذهب والدنانير ولعله لوجود التفاوت الكثير لو اقترضت عدداً ويظهر من المصنف في الفرع الخامس انه لا يجوز اقراض الدراهم والدنانير بغير الوزن وقال في (الدروس) انما يصح القرض مع علم العين بالمشاهدة وبالاختبار كيلا ووزناً وعدداً فيما شأنه ذلك فقد تدخل الدراهم في قوله عدداً اذا كان شأنها ذلك كما هو المتعارف في القروش في هذه الاوقات والاعصار ويجوز اقراض الحنطة والشعير كيلا ووزناً وكذا سائر الحبوب والتمر والزبيب لكن يشترط في اقراض الموزون كيلا عدم الاختلاف المؤدي الى الجهالة كما اذا كان قطعاً كباراً تنجاف في المكيال ونحو ذلك فلو اقترض المقدر جزافاً غير معتبر لم يقد الملك ولم يجز التصرف فيه وان اعتبره بعد ذلك وان تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه ولا طريق الى التخلص منه الا بالصلح وسيأتي في كلام المصنف ما اذا قدره بمكيال معين أو صنجة معينة غير معروفين عند الناس وانه لم يصح لتعذر المثل ويأتي كلام من تأمل فيه اذا كان ذلك محفوظاً وسيأتي الخلاف في بعض الموارد التي لا يصح السلم فيها لعدم انضباطها بالوصف **قوله** (فان كان مثلياً ثبتت في الذمة مثله) يجوز اقراض المثل اجماعاً كما في (التذكرة) والدروس وغاية المرام) ويثبت مثله في الذمة اجماعاً كما في (العنية والتذكرة وغاية المرام وظاهر المسالك والمفاتيح) وألحق به جماعة كثيرون العين المستقرضة منهم المصنف في (التذكرة) وما يأتي من الكتاب والشهد والمقداد وغيرهم **قوله** (كالذهب والفضة وزناً والحنطة والشعير كيلا ووزناً) قد تقدم الكلام في ذلك **قوله** (والخبز وزناً وعدداً للعرف) الجار متعلق بالعدد وجواز اقراضه وزناً مما لا خلاف فيه كما في (المسالك) وغيره واما جواز استقراضه عدداً فقي (المبسوط) يجوز استقراض الخبز ان شاء وزناً وان شاء عدداً لان احداً من المسلمين لم ينكره ومن انكر من الفقهاء قد خالفه الاجماع وفي (الخلاف) والدروس وظاهر السرائر والتذكرة) الاجماع على جواز استقراض الخبز والسوق يدل على انه مسوق لها اي الوزن والعدد وفي (جامع الشرائع) قد سبق الاجماع عليه الخلاف واجماع المختلف وغاية المرام نص على جوازه عدداً وظاهر المسالك الاجماع على ذلك وفي (الكفاية والمفاتيح) انه المشهور ولعل ذلك منها لاشتراط الشهد في الدروس في اقراضه عدداً عدم العلم بالتفاوت ونحوه ما في (التقيح وايضاح النافع) ولعلمهم ارادوا كما فيه جماعة التفاوت الذي لا يتسامح به بل عبارة ايضاح النافع كادت تكون صريحة في ذلك والافرواية الصباح بن سياه واسحق بن عمار مصرحان بالجواز مع التفاوت ومنجبرتان معتضدتان بما عرفت مضافاً الى اطلاق خبر غياث ومثله الجوز والبيض كما صرح به في (الميسبة والمسالك والكفاية والمفاتيح والحدائق) وقد قال عليه السلام في خبر الصباح نحن نستقرض الجوز الستين والسبعين عدداً فيه الصغيرة والكبيرة **قوله** (وغير المثلي ثبتت قيمته وقت القرض لا يوم المطالبة) اما جواز اقراض القيمي المعبر

عنه بنير المثل الذي يمكن فيه السلف قدحكي عليه الاجماع في (التذكرة والدروس وغاية المرام) وظاهر
جمع البرهان وقد يظهر من الفنية الاجماع عليه وفيما لا يضبطه الوصف قولان كما ستسمع وقد يظهر من
الوسيلة ان لا قرض في غير المثل واما ثبوت قيمته في الذمة فهو المشهور كما في (غاية المرام والمسالك والمفاتيح)
وفي (الكفاية) انه اشهر وبه صرح في (المبسوط والفنية والسرائر) وغيرها وقد يظهر من الثاني الاجماع عليه
لاختلاف الصفات فالقيمة اعدل وظاهر الخلاف انه ثبت مثله ايضا وفي (الشرائع) لو قيل به ايضا
كان حسنا لانه اقرب الى الحقيقة ولخبرين عامين وارين في مطلق الضمان أحدهما تضمن انه صلى
الله عليه وسلم أخذ قصعة امرأة كسرت قصعة أخرى والثاني انه ضمن عائشة انا حصه وطعامها لما
كسرتة وقد عورضا بخبر آخر وارد في معتق الشقص ومع ذلك فهما حكاية حال فطال الغريم رضي
بنسلك وتظهر الفائدة فيما اذا وجد مثله من كل الوجوه التي لها مدخل في القيمة ودفعه الغريم فلي هذا
القول يجب قبوله وعلى المشهور لا يجب وفيما اذا تغيرت اسعار القيمي فلي المشهور يوم القبض وعلى
القول الآخر يوم دفع العوض واختير في (التذكرة) ضمان المثل الصوري فيما يضبطه الوصف وهو ما
يصح السلم فيه وضمان ما ليس كذلك بالقيمة لخبرين عامين أحدهما انه صلى الله عليه وسلم استقرض
بكرًا فرد باز لا وانه استقرض بكرًا فأمر برد مثله (وفيه) ان مطلق الدفع أعم من الوجوب ولا ريب
في جوازه مع التراضي لانه زاده خيرا وما أمر به صلى الله عليه وسلم لم يقع اذ لم يتقل لان المتقول انه اقترض
قرضا من رجل بكرة قدمت عليه ابل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكرة فرجع أبو رافع
وقال لم أجد الا جلا جارا رباعيا فقال اعطه إياه ان خير الناس أحسنهم قضاء فلا يدل على تحقق
البراءة بالبكرة بل يجوز كونه مشروطا بالتراضي وقد اتفقوا في باب النصب على ضمان القيمي بالقيمة
من دونه تأمل ولا خلاف وقد استوفينا الكلام في ذلك وأما ان المعتبر قيمته وقت القرض على تقدير
اعتبار القيمة مطلقا أو على بعض الوجوه فهو المشهور كما في (غاية المرام) وبه صرح في (جامع الشرائع
وجامع المقاصد والمفاتيح) والمراد بالقرض هنا القبض والتسليم بناء على الغالب من اتصال القبض
باللفظ الدال على القرض الذي هو الايجاب ولان القبض هو القبول بناء على الاكتفاء بالفعل وهو
الغالب في العادة فيكون القرض مستلزما للقبض عادة أو غالبا فتوافق عبارة الكتاب عبارة الدروس
واللمعة والروضة حيث صرح فيها بوقت القبض وفي (الدروس) انه المشهور وهو معنى ما في السرائر
من قوله وقت الاقباض وما في (التحرير) من قوله وقت الاقراض وما في (الشرائع والتبصرة والارشاد)
من قولهما فيها وقت التسليم فليس هناك تعدد أقوال بالنسبة الى هذه العبارات كما صنع صاحب الكفاية
وصاحب الرياض وقد فهم جماعة علم التخالف بين عبارة الكتاب وعبارة الشرائع وقد سمعت
ما حكيناه عن الصميري في (غاية المرام) في شرح عبارة الشرائع وقد قال المحقق الثاني في شرح
عبارة الكتاب اذا ثبت هذا فالواجب قيمته يوم القرض لانه وقت الثبوت في الذمة وهذا لا يتم
الا أن يراد من القرض القبض والتسليم بالتقريب الذي ذكرناه وقيل الاعتبار بقيته يوم التصرف
بناء على انتقال الملك به كما سيأتي وأما عدم اعتبار قيمته يوم المطالبة فقد قال في (المسالك) ولا اعتبار
بقيته يوم المطالبة هنا قول واحد الا على القول بضمانه المثل ويتمذر فيعتبر يوم المطالبة كالمثل على
أصح الاقوال ويأتي الكلام فيما اذا دفع المقرض العين في القيمي هل يجب القبول على المقرض أم لا

ولو تمذر المثل في المثل وجبت القيمة يوم المطالبة ويجوز اقراض الجوارى والآلي لما قلناه
من ضمان القيمة ويملك المقرض القرض بالقبض (متن)

قوله ﴿ ولو تمذر المثل في المثل وجبت القيمة يوم المطالبة ﴾ كما في (السرائر والتذكرة وجامع المقاصد) لما سئله عنه في الدراهم (وجمع البرهان والمساك والكفاية والمفاتيح) لأن الثابت إنما هو المثل إلى أن يطالبه ولعل المراد المطالبة مع التسليم فلو فرضنا أنه طالبه ولم يسلم إليه ثم اتفق وجوده فالظاهر انحصار الحق فيه لآلي القيمة فلم يكن مافي المختلف من قوله والاجود يوم الدفع مخالفا لما في السرائر حتى يعدد قولاً آخر وقد اتفقوا في باب القصب على وجوب قيمته يوم الاقباض والتسليم وقد استوفينا فيه هالك الكلام (وقيل) تجب قيمته وقت القرض وهذا نسب إلى ابن ادریس فيما اذا تمذرت الدراهم نسبة إليه في الايضاح ولم أجده في السرائر ذكرها في المستثنى وكأنه اختاره في التحرير فيما اذا تمذرت الدراهم لسبق علم الله سبحانه وتعالى بتمذر المثل وقت الاداء وفي (جامع المقاصد) أن به رواية صحيحة ثم ضمنه بأنه لا منافاة بين وجوب المثل وقت القرض طرداً للقاعدة الاجماعية والانتقال إلى القيمة وقت المطالبة ويأتي تمام الكلام في الفرع الخامس عتر (وقيل) وقت التمذر وهو خيرة التحرير ونسب إلى الشيخ في النهاية والقاضي وابن ادریس في موضع من كتابه فيما اذا تمذرت الدراهم وهو خيرة الكتاب في ذلك كما يأتي ويظهر ذلك من الايضاح أيضاً لأنه وقت الانتقال إلى البديل الذي هو القيمة وضعف بأن تمذره بمجرد لا يوجب الانتقال إلى القيمة لعدم وجوب الدفع حينئذ فيستصحب الواجب إلى أن يجب دفعه بالمطالبة فحيث لم يوجد الآن ينتقل إلى القيمة ويأتي تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز اقراض الجوارى ﴾ اجماعاً كما في ظاهر (التذكرة والمساك والكفاية) حيث قال في الاول عندنا كما يجوز اقراض العبد ونفي الخلاف عن ذلك في الاخيرين وعن اقراض العبد أيضاً في الاخير وفي (المبسوط) لا أعرف بصلاً صعباً في جوار اقراض الجوارى ولا في المنع والاصل حوازه وعموم الاخبار يقتضي جوازه ونحوه مافي الخلاف بتفاوت يسير ونص في (السرائر والترايع) وغيرها مما تأخر عنها على الجواز وان لم يجز السلف فيها لان ضبطها غير محتاج للاستثناء عنه بوجوب القيمة والمخالف بعض العامة في الجارية التي يحل وطئها ﴿ قوله ﴾ ﴿ والآلي لما قلناه من ضمان القيمة ﴾ كما في (السرائر والتحرير والتذكرة والمختلف وجامع المقاصد والمساك) وإلى مال في الشرائع حيث قال ينبغي الجواز ومال إليه أيضاً المقدس الاردبيلي وعدم الحواز خيرة المبسوط وجامع الترايع وظاهر الارشاد وفي (الدروس) فيه قولان وفي (الكفاية) فيه وجهان وعلى القول بالجواز هل يستدعي صحة القرض العلم بقيمته عنده لينضبط حالة المقد فان ذلك بمنزلة تقدير ما يقدر بالكيل والوزن أم يكفي في جوازه مشاهدته على حد ما يستبر في جوازيه ويبي اعتبار القيمة بعد ذلك أمر وراء الصحة على المقرض معرفتها مراعاة لبراءة ذمته اطلاق كلام الاصحاب كما في (المساك) يدل على الثاني والاول وجه وجيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويملك المقرض القرض بالقبض ﴾ هذا هو المشهور كما في (غاية المرام والمساك والروضة والكفاية وجمع البرهان) بل في الاخير انه المعقول وفي (مساك) ان كثيراً منهم لم يذكر فيه خلافاً بل فيه أيضاً انه لا يكاد يتحقق فيه خلاف وفي (الرياض) ان عليه عامة من تأخر وظاهر (الفتنه والسرائر) وموضعين من التذكرة الاجماع عليه وبه صرح في (المبسوط والخلاف)

والغنية والسراية والشرائع والذائع والتذكرة والتحرير والارشاد والخلف والمدرس والمعة) وماثر متأخر وكل من قال ان القرض ليس له الرجوع في العين فهو قائل بأنه يملك بالقبض فكانت الكلمة متفقة على ذلك وفي (الخلاف والمبسوط والغنية والشرائع والمدرس) وغيرها انه لا يملك بالتصرف لانه فرع الملك فلا يكون مشروطاً به بل قال في الغنية انه لا خلاف في جواز التصرف بعد قبضه ولو لم يكن مملوكاً لما جاز ذلك فيه واستدل عليه في (الخلاف) بأنه اذا ملك جارية جاز التصرف فيها فلو لم يملكه لم يجز له بالتصرف فيه فانسب اليه من القول بأنه انما يملك بالتصرف لم يصادف محله ورشد اليه ان الشهيد في (المدرس) نسب المشهور الى الشيخ والقول بالتصرف الى القيل مع قال في (الخلاف) في مسألة أخرى بعد مسئلتنا التي نص فيها على انه يملك بالقبض لا بالتصرف قال يجوز للمستقرض أن يرد مال القرض بلا خلاف وأما القرض فمقتضى ان له الرجوع فيه ولاصحاب الشافعي فيه قولان أحدهما مثل ماقلناه ومنهم من قال ان قلنا يملك بالقبض فليس له الرجوع وان قلنا يملك بالتصرف فليس له الرجوع بعد التصرف دليلنا انه عين ماله فكان له الرجوع فيه لان المنع يحتاج الى دليل انتهى وليس في هذا ظهور ولا اشعار في انه انما يملك بالتصرف كما استعرفه عند بيان الثمرة وقد وقع مثله في (المبسوط) قال بعد نصريحه بما قلناه عنه ويجوز للمقرض أن يرجع فيه كما ان له أن يرجع في الهبة مع ان أحدا لم ينسب اليه الخلاف غير صاحب التنقيح فانه نسب اليه ولم ينسبه الى اختلاف (والحاصل) ان هذا القول لم يجده لاحد من طائفتنا وانما نسب في الخلاف والتذكرة الى الشافعية في أحد قوليهما ولهذا بقي اختلاف عما عليه الاصحاب في (الغنية والسراية) وغيرها كما عرفت وان كان فهو تاذ مآدر ولهذا أهل الاكثر ذكره فلا معنى لما في الرياض من نسبة القول بالملك بالقبض الى الاشهر فلا أقل من أن يقول انه المشهور كما في (المسالك) وغيرها كما عرفت وان كان في النفس مه تبي أيضاً ويسقي الكلام في هذا التصرف هل هو المسبوق بالمقد أو غيره فان كان الاول كما هو ظاهر كلام الحاكين له وكلام بعض الشافعية المحكي عنه فان كان كاشفاً عن سبق الملك من حين القبض كما هو الظاهر مما حكاه في المدرس عن هذا القائل قال انه يجعل التصرف كاشفاً عن سبق الملك مطلقاً عاد النزاع لفظياً من حيث ان الهماء حينئذ للمقترض على القواين وان قلنا انه كاشف عن سبق الملك قبله بلا فصل او ناقل قبل التصرف بلحظة كما في العبد المأمور بعتقه عن الأمر غير المالك كان النزاع معنوياً لكن انما صرنا الى ذلك في العبد المأمور بعتقه لمكان الضرورة ولا ضرورة هنا ولذلك ترك المحقق الثاني هذا التأويل وقال في العبد المذكور انه ثبت ملكه بالدليل وما نعرف وقته ولا موجب له ولا يضر ذلك وان كان المراد بالتصرف المعنى الثاني اي غير المسبوق بالمقد فلا مانع من حصول الملك به حينئذ لانه حينئذ معاطاة في القرض كالمعاطات في البيع وعلى ذلك استمرت الطريقة فيكون حينئذ في جواز التصرف اذن المالك وليس تاباً للملك ولا متوقفاً عليه كما حررناه في بيع المعاطاة بما لا مزيد عليه وبذلك يتقدح دليل المشهور كما استعرف وعلى كل حال فيحتمل ان يكون المراد بالتصرف التصرف المثلث للعين او الناقل للملك أو يراد به مطلق التصرف كما حكى عن الشهيد في بعض تحقیقاته او يراد بالتصرف المستدعي للملك كالتزويج والاجارة وطحن الطعام وقد حكى في (التذكرة) الوجوه الثلاثة عن بعض الشافعية ولم يرجح شيئاً وعلى بعضها يعود النزاع لفظياً (اذا عرفت) هذا فاعلم ان اطلاق كلام أكثر الاصحاب ملكه بالقبض منزل لمكان ذكرهم المقدم في أول الباب على ما اذا كان بعد المقدم كما هو الشأن في الصرف

قوله وهو صريح (التحرير والتذكرة والمختلف والدروس وإيضاح النافع) لكن قد عرفت في أول الباب أن أكثر عبارات قدخلت عن التعرض لذكر العقد بالكلية فينبغي ملاحظة كلام من أطلق ولم يتعرض لذكر العقد إلا أن قول أنه مأخوذ في ماهية القرض بالتوجيه الذي ذكرناه في أول الباب ويظهر من (الوسيلة) أنه يملك بالعقد قال ملكه بنفس القرض الآن قول أراد بالقرض القبض والتسليم كما مر مثله في كلام المصنف ولعله نظر أن أبقى على ظاهره إلى أنه عقد ملك صدر من أهله في محله من غير مانع مع قصد التملك فينبغي أن يترتب عليه أثره ولا يحتاج إلى القبض وحده لكنه بأعراض الإصحاب عنه تمكن أصل عدم الانتقال منه وبذلك يظهر عدم الملك بالقبض وحده من دون عقد قبله وقد يستدل على حصول الملك به وحده باستمرار الطريقة وإطلاق بعض الفتاوى والصحيحة مضافا إلى عدم الاقتصار على صيغة مخصوصة وعدم نقل ذلك وعدم وقوعه في الزمن الأول كما قيل وعدم اعتبار القبول القولي عند جماعة فإن هذه تتواءم على أن مراد من اشترط الإيجاب والقبول إنما هو التمييز بينه وبين العطية ولما كان هذا التمييز لا يتأتى بدون لفظ يدل عليه من الموجب اشترطوا الإيجاب القولي بأي لفظ يدل على المطلوب ولم يشترطوا بعد القبض أزيد من ذلك فليتأمل في ذلك كله وقد احتج على أنه يملك بالقبض لا بالتصرف بعد الاجامعات التي سمعنا بأن التصرف فرع الملك فيمتنع كونه شرطا فيه والادار كما صرح بذلك جماعة وأشير إليه في (المبسوط والخلاف والفتاوى والشرائع) وغيرها كما عرفت وقال في (المسالك) فيه نظر واضح لمنع تبعية التصرف للملك مطلقا وتوقفه عليه فيكي في جواز التصرف إذن الملك فيه ورد في (مجمع البرهان) أولا بأن الإذن إنما حصل من المالك بأن يكون مالكا وعليه الموضع لا مطلقا كما في سائر المداوضات قائما على تقدير بطلانها لا يجوز التصرف بأن الإذن قد حصل وثانيا بأنه يشكل جميع التصرفات لأن الوطى مثلا لا يمكن إلا بالملك أو التحليل ومعلوم عدم الثاني فإذا لم يكن الأول لم يجوز وكذا البيع ونحوه فإنه لا يجوز لفير ماله إلا ماله كالة أو فضولا ومعلوم انتفائهما انتهى وهذا إنما يتم مع سبق العقد واعتقاد أنه إنما شرع لتسليك مع حصول القبض لا لتمييزه ولا فلقائل أن الإذن سبب تام في جواز التصرف وناقص في إفادة الملك وبالتصرف يحصل تمام سبب الملك فإن كان غير ناقص وأكتفينا به فالأمر واضح وإن كان ناقصا أو وطئا أفاد الملك الضمني قل التصرف بلحظة يسيرة لمكان الضرورة واستقامة الطريقة يكتب الرجل لآخيه أو يرسل إليه رسولا أقرضني كذا وكذا فيرسل إليه ما أراد أو دونه ولا صيغة ولا عقد ولا أقل من أن يكون كالمعاطاة في البيع في جارية كانت أو غيرها فليلاحظ ذلك وقد قالوا فيما يقع بين الناس من الهدية من غير لفظ يدل على الإيجاب والقبول بمقتل إفادته الملك والاباحة وقد احتمل في (الدروس) عدم اشتراط الإيجاب والقبول في الهدية ويلوح ذلك من التذكرة وبه حكم في التحرير واستحسنه بعضهم وقال بعضهم أنه يجوز وطى الجارية التي أرسلت هدية ومارية القبطية كانت من الهدايا وأم زيد أهدها المختار زين العابدين عليه السلام وقد احتمل في (المسالك والكفاية) فيما نحن فيه جواز الوطى على القولين وفيه زيادة على ما قول وفي (الدروس) أنه ليس عقدا محققا ولهذا اغتفر في ما في الصرف بل هو راجع إلى الإذن في الائلاف المضمون والائلاف يحصل بإزالة الملك أو العين فهو كالمعاطاة انتهى فليتأمل في ذلك ولا بد من مراجعة ما ذكرناه في أول هذا الباب وقد استدل بعض متأخري المتأخرين على المشهور بصحيفة زراره قال قلت لابي جعفر عليه السلام رجل دفع إلى رجل مالا قرضا على من زكاته على

فليس المقرض يرتفع بل المقرض دفع المثل مع وجود الأصل فلو اقترض من يثق عليه التثق بالقبض (من)

المقرض أو على المقرض قال لا بل زكوتها ان كانت موضوعة عنده حولاً على المقرض قال قلت فليس على المقرض زكوتها قال لا يزكي المال من وجهين في عام واحد وليس على الدافع شيء لانه ليس في يده انما المال في يده الآخذ فمن كان المال في يده زكاة قال قلت أفيزكي مال غيره من ماله قال ان ماله مادام في يده وليس ذلك المال لاحد غيره ثم قال يزراره أرايت وضعة ذلك المال أوربحة لمن هو وعلى من هو قلت للمقرض قال فله الفضل وعليه التقصان وله أن ينكح ويلبس منه ويأكل وهذا الخبر صريح في حصول الملك بدون التصرف الناقل أو المثل أو المستدعي للملك لكنه ظاهر في حصول الملك بمجرد القبض من دون توقف على عقد سابق الا أن تدعي انه مأخوذ في ماهية كما سلف فتأمل قبل وقد يقرب منه الموثق عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندي وديعة وقال الآخر انما كانت عليك قرضاً قال المال لازم له الا أن يقيم البيعة انها كانت وديعة فتأمل في وجه دلالة قد تحصل ان هنا أموراً خمسة يمكن حصول ملك المال المقرض بها وهي اما القرض أي المقدم وحده واما هو مع القبض بعده أو القبض فقط أو التصرف بدون القرض أو معه فالاول مما لا ريب في عدم حصوله به كما انه لا ريب في عدم توقفه على الخامس لانه لا ريب في حصول الملك بالثاني وانما الاشكال في الثالث والخامس فليتأمل فيها جيداً وليلاحظ ما ذكرنا في معنى القرض في أول الباب وما في (مجمع البرهان) من أن صاحب المسالك نقل عن الدروس أن لاختلاف في عدم الملك بالتصرف فبني على جملة كاتفا كما حكاه في (الدروس) عن القائل به كما عرفت ويحتمل وجهاً آخر وثمرة القولين على تقدير وجود القائل بالتصرف تظهر في الزكاة كما أشرنا اليه في الخبر وفي النماء وغيره كما أشرنا اليه في أول الباب وبأني تمام الكلام قريباً ~~قوله~~ فليس المقرض ارجاعه كما في (السرائر) وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والبصرة واللمعة والميسية والمسالك والروضة والكفاية والرياض) ونسب في الدروس الى الفاضل فكانه متأمل فيه وفي (الكفاية) انه أشهر وفي (المسالك) انه المشهور وفي (الرياض) نسبه الى الأكثر وقال ان عليه عامة من تأخر وقال أيضاً ربما ينشئ من كثير من المبرات الاجماع عليه وهذه يكذبها الوجدان وقد تبع بذلك صاحب المسالك لكنه انما استشر ذلك من عبارة الكتاب فقط واستعرف انه وهم والمخالف الشيخ في (الخلاص والمبسوط) قد جوز فيها أن المقرض يرتفع وظاهر الاول الاجماع عليه حيث قال عندنا مع التصريح فيها بأنه يملكه بالقبض وفي (السرائر) ليس على ما قاله دليل ولا دل عليه شيء يرتضى وفي (التحرير) أنه ضعيف (جبة المشهور) ان قاعدة الملك أن لا يتسلط عليه غيره والثابت بالمقد والقبض المقرض انما هو البديل فيستصحب الحكم الى أن يثبت المزيل وليس هناك سوى دعوى الاجماع في (المسالك) على جواز العقد وهي مع فتوى الأكثر بعدم جواز الرجوع في العين موهونة وقد سمعت انكاره في السرائر على الشيخ الدليل ولو كان جائزاً من الطرفين عنده لما أجمعه ذلك له (فتأمل) والمصرح بجوازه من الطرفين الشهيدان (في الدروس والمسالك) والفاضل الميسي وهو ظاهر الشيخ في (المبسوط والخلاص) ولا تنقل عما في السرائر وستسمع أن ليس مراد

الشهيدين بالجواز الجواز بالمعنى المتعارف وان اختلفا في تنزيهه (شرطه خل) وفي (التحرير) انه عقد لازم من جهة المقرض جائز من جهة المقرض على معنى أن المقرض رد العين والمثل ولو طلب المقرض العين لم يجبر المقرض على دفعها وتظهر الفائدة فيما اذا أقرضه عينا قسيمة فلي القول بجوازه من طرف المقرض أنه يجوز للمقرض ردها بعينها ويجبر المقرض على قبولها وأما في المثل فلا تظهر فائدة عند التأمل الصادق وكلام جامع المقاصد محتمل الجواز من الطرفين أو من طرف المقرض وقد يستند في كونه جائزا الى عدم انحصار إيجابه في لفظ واكتفاء جماعة فيه بالقبول القلي وذلك شأن العقود الجائزة (وفيه) ان الرهن لازم من طرف الراهن ولا ينحصر إيجابه في لفظ فليتأمل ثم انا نقول الظاهر ان مراد القائل بجوازه عدم امهال المقرض الى قضاء الوطر من العين وان كان قضية العرف ذلك فيجوز لكل منهما الرجوع في الجميع أو البعض في المجلس وغيره كما صرح به في (الترويس) ويكون المقرض من ذلك الرد على مالك حيث قال ليس المقرض الرجوع فيما أقرضه حتى يقضى المقرض وطره منه أو يمضي زمان يتسع لذلك وما في (المسالك) من أن المراد بالجواز تسلط المقرض على أخذ البذل اذا طالب به متى شاء وانهم اذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحة في الاصطلاح وان كان منابرا لغيره من العقود من هذا الوجه فان كان أراد ما ذكرناه والافيه ان جواز أخذ البذل كان مقتضى القرض والقبض وحاصلا قبل الفسخ وليس ذلك أثره بل ذلك حاصل لو كان عقدا لازما وهذا بعيد عن معنى الفسخ اذ هو ابطال أثره الشرعي فاذا لم تخرج العين الموجودة عن ملكه لم يكن العقد مفسوخا وليس النزاع في أمر اصطلاحوا عليه حتى انهم يسامحون فيه ولا يشاحون عليه بل في ترتب الاثر الشرعي كما هو ظاهر ومثله في الوهن ما في (مجمع البرهان) من انه ليس بعيد أن يكون النزاع فيما قبل الفسخ يعني اذا تحقق العقد مع الشرط وحصل الملك الناقل فمع عدم طريان الفسخ عليه بالتقابل من الجانبين أو من جانب واحد هل يجوز الرجوع في العين مع كراهية المقرض أم لا اذ فيه أن النزاع حينئذ قليل الفائدة اذ المقرض أن يفسخه ويأخذ ماله بل المطالبة به فسخ وللمقرض الفسخ واعطاء العين فليس للمقرض عدم القبول مع احتمال حصول الفسخ بمجرد رد العين من دون احتياج الى عبارة (واحتج) في (المبسوط) على جواز الرجوع بأنه كالمدة قال له أن يرجع فيه كما له أن يرجع في الهبة ونحوه ما في (الخلاف) من أنه عين ماله فله أن يرجع فيه وهو كما عرفت مبني ومتفرع على تملك المقرض وظاهر في كونه عقدا جائزا وغاية الأمر انه لم يفصله فحمل في (المسالك) كلامه على غير ظاهره ما أجاب عنه بابتداء الفرق بينه وبين الهبة بالعوض وعدمه أو بالدليل وعدمه ولم تكن حجة الشيخ المساواة بينه وبينها بل كونه عقدا جائزا واكتفى عن ذلك بالمثال ثم ان هناك فرقا آخر بينهما وبين الهبة وهو أن الملك فيها لا يستقر الا بالتصرف وفي القرض يستقر بالقبض ثم قال في (المسالك) ويمكن تعليله بالاتفاق على أن القرض عقد جائز ومن شأنه أن من اختار فسخه رجع الى عين ماله وقال هذا وجه حسن لم ينبهوا عليه وقد عرفت أن الشيخ نبه عليه لكنه لم يفصله فلم يكن أتى بخبر ما أتى به الشيخ الا أن نقول انه في (المسالك) فهم من الشيخ ما أثار اليه في (السرائر) حيث لم يفهم منه أن العقد عنده جائز والا لما صح له ان يقول في رده انه لا دليل عليه الى آخره فليتأمل جيدا ثم انه في المسالك قال ان الحكم في المسئلة مبني على الخلاف السابق فان قلنا ان المقرض لا يملك الا بالتصرف بأي معنى اعتبرناه فلمقرض الرجوع في العين قبله لأنها ملكه وان قلنا انه يملك بالقبض فهل يمكن القول بذلك ظاهر (القواعد) المدم لانه جل

ولو شرط الاجل في القرض لم يلزم (متن)

هذه المسئلة مفرعة على تلك بالقاء ويظهر من المصنف يعني المحقق ان الخلاف في هذه المسئلة جار وان قلنا بملك بالتبض وهذا هو الظاهر انتهى (وفيه) ان اتقى ما في عبارة الكتاب انه فرع بعدم الاتجماع على القول بالملك وذلك لا يدل على انه لا يمكن القول بخلافه حتى لا يكون فيه خلاف مع ما يراه من خلاف الشيخ في كتابه ومع ما شاهدته من شيخه المحقق من ظهور جريان الخلاف في عباراته على القول بالملك وما هو ذا في التذكرة فرع كالكتاب ثم نقل كلام الشيخ واحتججه عن الشافعي واجاب عنه بما ذكره في المسالك فليحظ ذلك ومما ذكر يعرف حال ما فرعه المصنف من ان المقرض دفع المثل مع وجود الاصل اذ هو ظاهر على المشهور وكذلك لو استقرض من يمتنع عليه فانه يمتنع عليه بالتبض عندنا كما في (التذكرة) ومن قال بالملك بالتصرف يمتنع عنده بالتصرف وتظهر الثمرة أيضا في النماء قبل التصرف وقد قلنا بقيام الاحتمالين على القول بالكشف وفي فقهه لو كان حيوانا وقد اوضحنا ذلك كله فيما سلف ~~قوله~~ ﴿ ولو شرط الاجل في القرض لم يلزم ﴾ هذا هو المشهور كما في (الكفاية) والظاهر انه مجمع عليه كما في (مجمع البرهان) ولا خلاف فيه يعرف الا ممن ندر من بعض من تأخر كما في (الرياض) وقال فيه ربما اشترت عبارة الشرائع وغيرها بالاجماع وهو الحجة انتهى فامل فيه وموضع الاشعار من الشرائع قوله ان الرواية مهجورة وهو خيرة السرائر في ظاهرها وجامع الترائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة والتفتيح وغاية المرام والروضة ومجمع البرهان على كامل ضعيف له فيه ويمكن تعميم عبارة الارشاد بحيث تشمل كما احتمله المقدس الأردبيلي للأصل مع عدم الموجب متضدا بما يظهر من دعوى الاجماع من جماعة وقد استدلوا عليه بجواز اصله المستلزم لجواز شرطه وقد عرفت من قبل الحال في جواز الاصل وما أريد بهذا الجواز ان الاصح ان المراد به عدم لزوم الاجل الذي اقتضاء العقد بحسب العرف وذلك لا يدل الاعلى عدم لزومه بمجرد العقد وهو لا يتناقض مع الشرط وقد يستدل عليه أيضا بأنه مستحب بالاجماع والكتاب والسنة والاستحباب لا يتعلق بايقاع الصيغة بل بمدلولها وما هو الا تأخير المطالبة الى قضاء الوطر واستحباب التأخير وهو عين معنى الجواز وفيه كما بينه في (الرياض) اما قول ان الاستحباب انما يتعلق باجراء الصيغة لا بخصوص مدلولها وان كان هو الوجه في تعلقه باجرائها فكان مقادير الادلة انه يستحب القرض واجبا دينا ولا يتنافى وجوب السبب بعده كما هو الشأن في التجارة فقد تضافرت الادلة باستحبابها مع وجوب العمل بمقتضيات اسبابها سلمنا لكن ذلك انما يتجه بالنسبة الى نفس المقدوانه بمجرد لا يقتضي وجوب التأخير بل غاية الاستحباب كما يستفاد من ادلة استحبابه ولا كلام فيه للاجماع على جواز العقد المستلزم لعدم وجوب التأخير فيه ولكنه لا يتناقض مع لزومه بسبب آخر غير نفس العقد المجرد وهو العقد المركب من الشرط لعموم ما دل على لزوم الوفاء بالشرط كالأوقع عقد البيع حالا فانه لا يقتضي وجوب التأخير في احد الموضين الى أجل ولا كذلك لو اوقعه مؤجلا فقد يكون عقدا قرض بنفسه لا يفيد لزوم أجل ومع شرطه يفيد لزومه فلا منافاة بين جواز اجل القرض نظرا الى نفس العقد ولزومه باشتراطه فيه لتغاير السببين كما لو اشترط أجله في عقد آخر لازم كما سنسمعه عن الاكثر فلا استدلال بذلك على المطلوب غير متوجه وقد يفرق بين القرض والبيع بهدم دلالة عقده على اجل بخلاف القرض لدلالته عليه بحسب العرف

لكن يصح أن يجعل أجله شرطاً في عقد لازم فيلزم (متن)

كما مر فإذا لم يجب الوفاء به مع دلالة العقد الذي هو الأصل في لزوم الوفاء به وبالشرط الحاصل في ضمنه عليه فقدم وجوب الوفاء به إذا دل عليه الشرط أولى فيتم الاستدلال قليلاً بل جيداً (هذا) والخالف في المسئلة المحدث الكاشاني في ظاهر المفاتيح فإنه يظهر منه فيه القول بلزوم العقد المشروط فيه التأجيل ولزوم الأجل وكأنه ميل إليه في (المسالك والكفاية) وبه قطع صاحب (المحذات) وقد سمعت ما حكيتاه عن (مجمع البرهان) واستدلوا عليه بمومات الوفاء بالعقود والتزام الشروط ومضرة الحسين ابن سعيد قال سأله عن رجل أقرض رجلاً دراهم إلى أجل مسمى ثم مات أيحل مال القرض بعد موت المستقرض منه أم لورثته من الأجل والله المستقرض في حياته فقال إذا مات فقد حل مال القارض والتقريب فيها من تقريره عليه السلام أن الأجل لازم في القرض مطلقاً بل ظاهرها كون ذلك في عقد القرض ومن مفهوم الشرط الذي هو حجة وما عساه يقال بمنع ظهورها في المطلوب إذ أقصى ما هناك الدلالة على صحة الأجل لا لزوم الذي هو المفروض (فيه) أن نمطه يحمل ظاهرة في عدم استحقاق الدلالة قبل إقضاء المدة المضروبة حال حياة المستقرض (واستدل في المحذات) بقوله جل شأنه (إذا تدبرتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) قال وهي شاملة للسلم والنسيئة والقرض (وبما روي) في الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا عليه السلام من أقرض قرضاً ولم يرد عليه عند إقضاء الأجل كن له من الثواب في كل يوم صدقة دينار (وبالحبر) المروي عن ثواب الاعمال من أقرض وضرب له أجلاً الحديث وأيده المولى المجلسي الأردبيلي بما دل على وجوب الوفاء بالوعد من العقل والتقل قال إلا أن عدم العلم بالقول به يمنع عن ذلك والا كان القول به جيداً (وفيه) مع عدم القائل به وإدباق الاصطحاب على خلافه على التأخير عرفت أن غاية الأدلة المذكورة ما عدى المضرة صحة التأجيل وإست محل نزاع وثمرتها جهل تأخير الدفع إلى الأجل ووجه به بعده وذلك غير لزومه الذي هو عبارة عن وجوب التأخير إليه الذي هو محل النزاع وضمف دلالة الآية الشريفة من وجه آخر وهو اختصاصها بالدين وهو غير القرض كما نفاه عنه يانه مضافاً إلى أن الخبرين قاصران من جهة السند ولا جابر لهما في المقام وأما المضمر في (الشرائع) أنها مجورة وقد حمت على الاستحباب ومثل ما نحن فيه ما إذا شرط في عقد القرض تأجيل مال حال سواء كان القرض ثم غيره إذ الحكم فيها واحد كما هو ظاهر كلامهم وقد صرح بذلك في (الميسية والمسالك) في قوله (لكن يصح أن يجعل أجله شرطاً في عقد لازم فيلزم) كما في (التذكرة والدروس) والتفصيل وغاية المرام وإيضاح النافع وجامع المقاصد والميسية والمسالك والروضة والكفاية ومجمع البرهان) بل في الأخير يمكن عدم الخلاف فيه وكأنه في الدروس متردد حيث قال قال الفاضل يلزم تبعاً للآزم ويشكل بأن الشرط في اللازم يجعله جائزاً فكيف ينعكس وفي رواية الحسين اشعار بذلك ويمكن حمله على التندب انتهى (حجة المشهور) عمومات الوفاء بالعقود والتزام الشروط مع عدم المانع المذكور هناك وإن جزء العقد اللازم لازم وقال في (جامع المقاصد) أن الشهيد أورد اشكالاً في المقام حاصله أنه إن أريد بلزومه توقف العقد المشروط فيه عليه فسلم لكنه خلاف المبادر من كونه لازماً إذا العقود المشروط فيها شروط لا تقتضي لزوماً بل قائمتها تسلط من تعلق غرضه بها على النسخ بالاخلال بها وإن أريد لزوم ذلك الشرط في نفسه بمعنى أنه لا سبيل إلى الإخلال به لم يطرده إلا أن يفرق بين اشتراط ما سيقع وما هو واقع ويجعل

وكذا لا يلزم لو أجل الحال بزيادة فيه ولا يثبت الزيادة وله تعجيل المؤجل بإسقاط بعضه مع التراضي (متن)

التأجيل من قبيل الواقع فيتم (ويمكن الجواب) بأن المراد بكون الشرط لازماً وجوب الوفاء به كواجب الوفاء بالمقدّر اللازم لانه من جملة مقتضياته وتسلط من تعلق غرضه به على الفسخ بدونه لا ينافي هذا المقدار من الزوم من طرف المأقّد الآخر فيكون الشرط والمقدّر لازمين من طرف المشترط ومن طرف من تعلق به غرضه يكون لازماً مع الاتيان بالشرط لا بدونه وهذا متنى واضح صحيح نعم ماسبق من اشتراط العتق في العبد المبيع اذا أخل به المشتري بسلط البائع على الفسخ وليس له إجبار المشتري مناف لهذا وان كان المختار أن له الإيجار فلا منافاة وما ذكره من الفرق بين الشرط الذي سيفعل وغيره أيضاً متجه فلا يبعد أن يقال اذا شرط الحال في عقد لازم كان كما لو شرطه في العوض الواقع في ذلك المقدّر فيلزم بهذا الاشتراط وهذا هو المفهوم من إطلاق الاصحاب تأجيل الحال في عقد لازم وليس هو كاشتراط أن يفعل الفعل الفلاني انتهى وقد تقدم الكلام في المقام في أول باب النقد والتسبيته وفي الفصل الثالث في الشرط عند شرح قوله ولو أخل المشتري بالرهن والكفيل وقد استوفينا الكلام في البابين ورجحنا أنه يلزم وان امتنع بغيره الحاكم فإن تعذر تسلط على الفسخ لمكان الإجماعات والعمومات الى غير ذلك مما ذكرناه في باب النقد والتسبيته وبيننا ان هذا الشرط هل يلزم من الجانبين أو من جانب واحد فالأمر بيد المشترط ونفع الشرط له وانه لو شرط توكيله في عقد لازم ثم عزله هل ينزل أم لا وقتنا ان ذلك كله اذا لم يكن لغيرهما مدخل في الشرط وأما معه فلامثل شرط العتق وبيننا الحال فيه بما لا مزيد عليه ومثال ما نحن فيه أن تقول بعتك الدار مثلاً بكذا وشرطت عليك أن يكون قرضك أو دينك الفلاني مؤجلاً الى سنة فيقبل المشتري ومثله في (التذكرة) بما اذا قال بعتك هذا بشرط أن تصبر بالدين كذا واشترى على هذا الشرط الى آخره وفيه تأمل لانه يشبه أن يكون تعليقاً - قوله - ﴿ وكذا لا يلزم لو أجل الحال ﴾ كافي (المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والبصرة والتحرير والارشاد والدروس والميسر والمسالك والكفاية) وفي الأخير انه المشهور بين الاصحاب ومثاله أن يبر صاحب الدين بعبارة تدل عليه من دون ذكره في عقد كأن يقول أجلك في هذا الدين مدة كذا اذ ليس ذلك بعقد يجب الوفاء به بل هو وعد يستحب الوفاء به ولا فرق بين أن يكون مهراً أو غيره كما في (النافع) وخالف بعض العامة حيث ذهب الى ثبوت التأجيل في ثمن المبيع والاجرة والصدّاق ونحو الخلع دون القرض وبدل المثلث وذهب آخرون منهم الى ثبوته في الجميع ومنه يعلم الحال فيها لو أجل الحال بزيادة فيه كما به عليه المصنف ونص عليه في (المبسوط) بل لا يصح بدلها ولا أخذها - قوله - ﴿ ولا ثبت الزيادة فيه ﴾ كما في (المبسوط والخلاف والسرائر) وغيرها ولا يصح أخذها لو بذلت بمجرد جعلها في مقابلة التأجيل - قوله - ﴿ وله تعجيل المؤجل بإسقاط بعضه مع التراضي ﴾ كما (في السرائر والشرائع والبصرة والتحرير) وغيرها ويدل عليه ما رواه الكليني والشيخ في (الكافي والتهذيب) عن أبان بن تميم في الصحيح عن حذثه عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت عن الرجل يكون له على الرجل دين فيقول له قبل أن يحل الأجل عجل النصف من حقي على أن أضع عنك النصف أجعل ذلك لواحد منهما منه قال نعم ونحوه حسنة الحلبي أو صحيحته كما نسلم وكما يعتبر

(فروع الاول) لو قال ملكتك وعليك رد عوضه فهو قرض ولو قال ملكتك وأطلق ولم يوجد قرينة دالة على القرض كسبق الوعد به فهو هبة فانت اختاراً احتمل تقديم قول الواهب لانه أبصر بنية (متن)

التراضي في اسقاط البعض يعتبر في تعجيله بنير اسقاط لان الأجل أيضا حق لها لتعلق غرض كل منهما به فان التعجيل قد لا يرضى به صاحب الحق لحصول ضرر بالتعجيل خوفاً ونحوه وبالنسبة الى الآخر واضح لكن اسقاط الاجل يكفي فيه مجرد الرضا أما اسقاط بعض الحق فيحتمل كونه كذلك كما يقتضيه ظاهر اطلاقهم ويكون الرضا بالبعض قائماً مقام البراءة فانه كما يظهر من تصاعيف كلامهم في مواضع مفرقة انه لا يختص بالفظ وفي (كتاب الجانيات) يقع بلفظ العقود ونحوه فيكون هذا منه ويحتمل قويا توقف البراءة على لفظ يدل عليه سريحا كالبراءة والاسقاط والعهود أو الصلح لا يتعلق الرضا لاصالة بقاء الملك الى أن يتحقق المزيل شرعا وفي (الكفاية) هل يكفي الرضا في الاسقاط أو توقف البراءة على لفظ فيه وجهاً وقال وكذا يصح تعجيل بعضه بزيادة في أجل الباقي لا أخبره بزيادة فيه ومسنند المجموع صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قلت) روى الحلبي في الحسن أو الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قل سئل عن الرجل يكون عليه الدين الى أجل مسمى فيأتمه نرينه فيقول أتقدي كذا وكذا وأضع عنك بقبته أو يقول أتقدي بعضه وأمدك في الأجل فيما بقي عليك قال لا أرى به بأسا الحديث ونام الكلام في باب الرضا قوله في فروع الاول لو قال ملكتك وعليك رد عوضه فهو قرض قد سبقت هذه المسئلة وانما أباها ليذني ملها ما مدها قوله في (لو قال ملكتك وأطلق ولم يوجد قرينة دالة على القرض كسبق الوعد به فهو هبة) كما في (البيد) وجامع الترمذي وفي (التحرير) في الكتاب (ان فيه نظرا) من أن الهبة كذلك ومن استعمال هذه اللفظة في الهبة وغيرها ولا دلالة للعام على الحصر وهو كما ترى لان قوله ملكتك اذا تجرد عن ذكر رد العوض وهو المعنى بالاطلاق كان حقيقة في الهبة ومجازا في القرض لانه جزء منه وهو محزؤه الآخر رد العوض وقيد بعدم وجود القرينة لانه مع وجوده يجب حمل اللفظ على مقتضاها لان المراد أنصرف اللفظ عن ظاهره الى غيره فيكون مدها قرضا وبدونها هبة لا الهبة في قوله في (لو اخذها احتمل تقديم قول الواهب لانه أبصر بنية) والاصل عصمة ماله وعدم البيع ووجه الرد على الاخذ بقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي وهو خبر (التحرير) والتذكرة) وحل الاختلاف اذا قال ملكتك وأطلق واختلنا في القصد (فيه) انك قد عرفت أن لفظ التملك المجرد عن رد العوض حقيقة في الهبة ومجازا في القرض فلا يصار اليه الا بقرينة وانقرضت انما على الظاهر من عبارة الكتاب ودعوى خلاف الظاهر والحقيقة في سائر العقود لا تنفذ اليها والعهودون كان معتبرا الا أن الظاهر في الالتزام الصريحة اقترانها بالتعبد فيحمل الاقرار عليه وقد أجمروا كما في المسالك على انه لا ادعى عدم التعبد الى البيع ونحوه مع تحريمه بلفظه لم يثبت اليه (وما ذكر) يعرف حال باقي الأدلة فمن اصابه العصمة قد انقطعت بما وقع من لفظ الصريح ومثله القول في الخبر فانه مع وجود السبب الناقل للمالك شرعا الراجع للضمان يخرج موضع النزاع عن ذلك فبقي تما استدلالها بعدم وجود ما يمد سببا ناقلا شرعا لاسمه نعم لو شهدت قرينة كسبق الوعد بالقرض واختلنا حينئذ في القصد قدم قول الدافع

وتقديم قول المتهب قضية للظاهر من ان التملك من غير عوض هبة (الثاني) لورد المقرض العين في المثل وجب القبول وان رخصت وكذا غير المثل على اشكال منشاؤه ايجاب قرضه القيمة (الثالث) للمقرض مطالبة المقرض حالا بالجميع وان اقرضه تقاريق ولو اقرضه جملة فدفع اليه تقاريق وجب القبول (متن)

يبينه عملا بالقرينة وكان المسئلة مفروضة عند المصنف في (التذكرة والتحرير) من هذا التبيل وأما لو اختلفا في ذكر البذل فانه يقدم قول المقرض أي المتهب لاصالة عدم الذكر كما في (التذكرة وجامع المقاصد) وهذا غير مذكور في عبارة الكتاب ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتقديم المتهب قضية للظاهر من ان التملك من غير عوض هبة ﴾ الوجه فيه ظاهر مالم تشهد القرينة بالقرض كسبق الوعد به ﴿ قوله ﴾ ﴿ لورد المقرض العين في المثل وجب القبول وان رخصت ﴾ كما في (التذكرة والتحرير والدروس والتفتيح وجامع المقاصد وجمع البرهان) لان الواجب أمر كلي في الذمة والعين أحد افراده والتمين الى من عليه الحق وفي الأخير ان الظاهر عدم الخلاف في جواز اعطاء العين في المثل وجوب قبولها و... في رخصت بغض العين قصت قيمتها السوقية عما كانت مع بقاء العين بحالها - ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا غير المثل على اشكال منشاؤه ايجاب قرضه القيمة ﴾ والوجه الآخر من الاشكال مساواة المدعوع المأخوذ وان القيمة انما اعتبرت لتعذر المثل ونحوه ما في (التذكرة والتحرير) في عدم الرجوع واختير عدم وجوب القبول في (الايضاح والتفتيح وجامع المقاصد) لان الواجب في قرض القيمي هو القيمة وقت القرض كما أشار اليه المصنف هنا فاذا دفع العين فقد دفع غير الواجب فيكون القبول مشروطا بالتراضي وكون انما اعتبرت لتعذر المثل اولا غير معلوم ثم ان الكلام في الثابت في الذمة الآن لا فيما كان حقه الثبوت وقد عدل عن ثبوته بدليل نعم لو كان الواجب المثل ومع التعذر القيمة ثم ذلك واختبر وحو به في (الخلاف والدروس والمسالك وجمع البرهان) وقد بظهر ذلك من المبسوط وفي (الدروس) ان في الخلاف الاجماع عليه وفي (الخلاف) يجوز للمقرض أن يرد مال القرض على القارض بلا خلاف انتهى فتأمل و يأتي في الامثلة ما يشهد بذلك وفي (جمع البرهان) انه يفهم عرفا انه اذا أعطى العين يجب القبول ولا يطلب غيره الا مع التغيير المنقوص للقيمة وقال أيضا ان العرف والتبادر من العوض والتسامح فيه من جانب المقرض دليل وجوب القبول وان كون الواجب هو القيمة محمول على تقدير عدم اعطاء العين كما في المثل فانه يجب المثل على تقدير عدم اعطاء العين وفي (الدروس) أيضا يحتمل وجوب قبولها ان تساوت القيمة أو زادت وقت الرد وان قصت فلا وسيأتي في الفرع الرابع من كلام المصنف ما هو كالأصحح في ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ للمقرض مطالبة المقرض حالا بالجميع وان اقرضه تقاريق ﴾ كل في (التحرير والدروس وجامع المقاصد) والوجه فيه واضح لان الجميع حال فله المطالبة به وكذلك الحال في العكس كما لو اقرضه جملة فان له المطالبة بها تقاريق وحالا في عبارة الكتاب مخفف والمراد بقوله وان اقرضه تقاريق انه اقرضه الجملة في دفعات ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اقرضه جملة فدفع اليه تقاريق وجب القبول ﴾ كما في (الدروس وجامع المقاصد) لانه حق له استحقاق أخذه وليس كالمبيع والثمن يجب تسليم جميعه نظرا الى اتحاد الصفقة فليس له فيما نحن فيه الامتناع من أخذه الى أن يسلمه الجميع اذ لا صفقة

(الرابع) لو اقترض جارية كان له وطئها وردها اذا لم تنقص على المالك مجانا ولو حملت صارت ام ولد يجب دفع قيمتها فان دفعها جاهلا لم يلزم ثم ظهر استردها وفي الرجوع بمنافعها اشكال ويدفع قيمتها يوم القبض لا يوم الاسترداد (الخامس) لو افترضه دراهم او دنانير غير معروفة الوزن او قبة من طعام غير معلومة الكيل او قدرها بمكيال معين او صنجة معينة غير معروفين عند الناس لم يصح لتعذر رد المثل (متن)

هنا ويطالب بالباقي في المال ولا يجب على المقرض التأخير وان قل الزمان الامع الاعمال . بقوله . . .
 لو استقرض جارية كان له وطئها كفي (التحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد) وفي الاول التمسيد بعد الاستبراء ان وجب ولا ريب ان المراد بمد القبض كما قيد بذلك في (التذكرة والدروس) وفي (المسالك والكفاية) كان له وطئها بمجرد القبض وان أوفياء على التعريف لم يحمل بمجرد القبض ومن بعض العامة ان المالك بالقرض سبب ضعيف فلا يحمل به الولي فيشبهه بزيادة ابي الولي وهو مذهب عنه وقد قيل انه من قبيل المذنبات . بقوله . . . وردها اذا لم تنقص على المالك مجانا كفي (الدروس) وظاهرهما ان له ذلك كذلك وان لم يرش المقرض وهو متعه على غرار الدروس من ان الاصح وجوب قبول ائمين في القبي اذا لم تنقص او مطلقا والمصنف استشكل في ذلك وقد يمكن رجع عنه الا ان يكون المراد جواز الرد اذ رضي المالك لكنه حينئذ لا يحتاج الى التمسيد بل من النفس ومله لذلك لم يذكره في (التذكرة) وأما الرد مجانا حيث يجب القبول حيث لا تنقص فلاته مادف ملكا فلا عوض عليه فيه وأما مع النقص أو الحمل من غيره قلت اتفاقا على الاصح في (الدروس) . بقوله . . . ولو حملت صارت ام ولد يجب دفع قيمتها كفي (التذكرة والدروس) والوجه فيه ظاهر . بقوله . . . فان دفعها جاهلا مجانا استردها وفي الرجوع بمنافعها اشكال . أما الاول فظاهر وأما الرجوع بمنافعها فقد استشكل فيه في (التذكرة والايضاح) كالكتاب من ان اباحة المنافع بغير عوض معلول للدفع للمالك لانها جميع أنواعه كالعارية وشروطها الا هذا وقد اتفق وانما العلة يقتضي اتقاء المعلول ومن اذنه للمقرض في استيفاء المنافع بغير عوض لانه المثل والاول أقوى كما في حواشي الكتاب وأقرب كما في (الدروس) ولا يخفى عن قوة كافي (جامع المقاصد) لما ذكره ولعمري قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤديه ولانه قد بين أن به المقرض بغير حق فتكون يد عدوان اذ لا واسطة بينهما غاية ما في الباب ان ذلك لم يكن معلوما بحسب الماهر فاذا سلم نوب عليه أثره وقد سبق في المبيع يباع فاسدا انه يستحق الرجوع بمنافعه وهذا نظيره . بقوله . . . ويدفع قيمتها يوم القرض لا يوم الاسترداد كفي (التذكرة والدروس) أما الاول فقد تقدم بياها مباسلف وأما الثاني وهو عدم اعتبار قيمة يوم الاسترداد فلفظ بور فساد الدفع . بقوله . . . (أما أموره) . . . او دنانير غير معروفة الوزن او قبة من طعام غير معلومة الكيل او قدرها بمكيال معين او صنجة معينة غير معروفين عند الناس لم يصح لتعذر المثل كما سرح بذلك كله في (التذكرة) وسرح في (التحرير) بعدم الصحة في المكيال والصنجة المعينين الغير المعروفين عند الناس وقضية كلام الكتاب والتذكرة انه لا يصح اقراض الدراهم والدنانير عددا كما هو المتعارف في هذه الاعصار فيها هو مصروب يسكن

(السادس) ينصرف اطلاق القرض الى اداء المثل في مكانه فلو شرط القضاء في بلد آخر جاز سواء كان في جملة مؤنة اولا ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد او فيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقرض (متن)

السلطان من النضة والذهب كما أشرنا الى ذلك عند شرح قوله ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وأما عدم الصحة في المكيال والصنجه المذكورين في الكتاب وان فرض حفظها لان شرط صحة القرض العلم بالتقدير وأما يتحقق بكون المكيال عاما وكذا الوزن وهما مع كونها في معرض التلف فلا يبق الى العلم بالتقدير طريق لا يخرج المقرضين عن الجهالة ولو ادعى المالك العلم لم يقبل منه الا بالينة ولو ادعى الغريم العلم قبل قوله مع اليمين لانه غارم وقد قيل عليه ان تذكر المثل مع حفظ المكيال والصنجه غير واضح فكان عليه أن يعلل بشير ذلك وأجيب بإمكان ارادة كونه بمعرض التلف فيكون الشأن فيها تذكر المثل باعتبار تلفها ~~في قوله~~ ينصرف اطلاق القرض الى اداء المثل في مكانه (كافي) (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) لانه موضع الوجوب اذا قرض على طريق الحلول واستظهر في (جامع المقاصد) انه لو أجل بسبب لازم فوضع الرد مكان الحلول ~~في قوله~~ فلو شرط القضاء في بلد آخر جاز سواء كان في جملة مؤنة اولا (للاخبار والاجماع المحكي في (الخلاف) والظاهر من التذكرة وعموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم ولا فرق في ذلك بين أن تكون المصلحة في جانب المقرض أم المقرض اذ المتنوع منه الزيادة في مال المقرض عينا أو وصفا وليس هذا من ذلك كما مر بيانه ويبقى الكلام في ان ذلك يلزم أم لا بل يجوز لكل منها المخالفة والذي يقتضيه النظر انه لا يجوز للمقرض المخالفة والمطالبة في غير بلد الشرط لان العقد لازم من طرفه كما عرفت فيما سلف ويلزمه ما شرطه أو شرط عليه وليس ذلك من التأجيل في شيء وان رجع اليه بالآخرة ولا فرق في ذلك بين أن يكون المقرض مصلحة في ذلك أم لا أو يكون عليه ضرر أم لا وانه يجوز للمقرض المخالفة والدفع متى شاء لعدم لزومه من طرفه فيجب على المقرض قبوله وان كان عليه في ذلك ضرر لانه أقدم على ذلك وقد قيل مثل ذلك في السلم وستسمع كلام الاصحاب وما اختاره المصنف لكن يرد على التحقيق انه قد مر ان المراد بالزوم من طرف المقرض انه لا يجوز له المطالبة بالعين لانه لا يجوز له المطالبة بالبدل فليتأمل ~~في قوله~~ ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد أو فيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقرض (التذكرة) وجب الدفع ولم يتعرض للمصلحة وقد يكون مستشكلا في التذكرة بناء على عود الاشكال في آخر كلامه الى الجميع وقال في (الدروس) في المسئلتين لم يشجب الدفع وان كان الصلاح للدافع واختار فيها في (جامع المقاصد) وجوب الدفع مالم يختلف قيمة المثل وتكون قيمة مكان المطالبة أكثر فانه لا يجب الدفع حينئذ للضرر الا أن يرضى المقرض بقيمة موضع القرض جمعا بين الحقين وقد سلف في أول الباب فيما اذا التجئ المدينون الى الحرم انه اختار في (المختلف) وجوب الدفع وقت المطالبة كالغصب وستسمع له كلاما آخر والوجه فيما اختاره المصنف من وجوب الدفع اذا طالبه في بلد القرض وقد شرط الاداء في غيره وكان للدافع مصلحة ان القرض حال والشرط لا يصيره مؤجلا ولا معنى لا طراح الشرط بالكلية فيجب أداء ماله عند المطالبة حيث لا مانع

ولو دفع في غير بلد الاطلاق او الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض (السابع) لو اقترض نصف دينار فدفع دينارا صحيحا وقال نصفه قضاء ونصفه امانه جاز ولم يجب القبول اما لو كان له نصف آخر فدفعه عنهما وجب القبول (الثامن) لو دفع ما اقترضه ثمننا عن سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفا فان كان المقرض طالما وكان الشراء بالعين صح البيع (متن)

يمنع شرعا وليس الا الضرر وقد فرض عدمه فالمراد بقوله مع مصلحة المقرض عدم ضرر على المقرض لان مصلحة المقرض قد تكون في عدم الدفع وان لم يكن ثم ضرر وبذلك يجمع بين الحقين وأما عدم وجوب الدفع اذا لم يكن له مصلحة فلانه ضرر لم يقتضه عقد القرض ولم يلزمه فلا يجب عليه الالتزام به لظاهر الضرر ولاصرار وكذلك الحال فيما اذا طالبه بمال المقرض في غير بلد القرض والحال انه لم يشترط أدائه في غير بلد القرض اذ الحكم في المستثنين من واد واحد وفي (المبسوط والتحرير) لو اقترضه في بلد ثم طالبه في بلد آخر لم يجب عليه حمله الى بلد المطالبة ولا يجبر على دفعه لان قيمته تختلف ولو طالبه بالقيمة لزم وقد حكى ذلك عن القاضي أيضا في المختلف وقال انه غير جيد ثم قرب ان القرض كأنه يجب فيه دفع المال وقت المطالبة - ~~قوله~~ - (ولو دفع في غير بلد الاطلاق أو الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض) - ~~المنشكك~~ في (التذكرة) ولم يتعرض للمصلحة وقضى في (الدروس) وجوب القبول وان كان الصلاح للقبض وفي (التحرير) لو تبرع المقرض بدفع المال وامتنع المقرض كان له ذلك وان لم يكن في حمله مؤنة وحاصل ما أراد المصنف ان الحق لما كان حالا وكان لبلد الاطلاق وبلد السرط علامة بوجوب الدفع فيه جمعنا بين الأمرين بانه ان كان على المقرض ضرر كالاختياج الى حمله حيث كان ذامومة او الخوف من انهب ونحوه لم يجب القبول والاوجب ويبغي ابدال استراط المصلحة بعدم الصرر كما مر وقد سمعنا اقصاء النظر في المقامين ثم اني وجدت بعض الفضلاء ينقله عن بعض المحققين اكسك قد عرفت ما فيه - ~~قوله~~ - (ولو اقترض نصف دينار فدفع دينارا صحيحا وقال نصفه قضاء ونصفه امانة جاز ولم يجب القبول) كما في (المبسوط وجامع السرائع والتحرير والتذكرة والدروس) لان التركة عيب والالتزام بالوديعة تكليف فلا بد من المراضاة فاذا تراضيا كان بينهما نصيبين ولكل منهما ان يتصرف بنصفه مناعا وان اتفقا على كسره جاز وان اختلفا لم يجبر المتع وان اتفقا على ان يكون نصبه قضاء ونصفه قرضا او نكاحا لم يبيع كان جائزا وكان له التصرف في جميع الدينار وقد فرضت المسئلة في (المبسوط والتذكرة) في نصف دينار مكسور وهو ظاهر التحرير وكلام الدروس مطلق بحيث يشمل النصف المصروب على حده وكذلك الحال فيما لو اقترض نصف عبد فدفع اليه عبدا تاما كما في الدروس - ~~قوله~~ - (ولو دفع ما اقترضه ثمننا عن سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفا فان كان المقرض عالما وكان الشراء بالعين صح البيع)

وعلى المقرض رد مثل الزیوف وان كان في القصة طائفة بالثمن سليما وللمشتري احتساب ما دفعه ثمنا عن القرض ولو لم يكن عالما وكان الشراء بالمعين كان له فسخ البيع (التاسع) لو قال المقرض اذا مت فانت في حل كان وصية ولو قال ان مت كان ابراء باطلا لتعلقه على الشرط (العاشر) لو اقترض ذمي من مثله خيرا ثم اسلم احدهما سقط القرض (متن)

كما في (التذكرة والتحرير والدروس) قال في (جامع المقاصد) لانه قد رضي بكون المدفوع ثما وان كان خلاف ما يظن بحسب الظاهر لان ضرر ذلك مع الجهل عليه وقد اندفع بعلمه قوله **قوله** وعلى المقرض رد مثل الزیوف لان القرض صحيح وان كان انما أخذها على انها خالصة لانه انما اقترض هذا المعين ظانا انه خالص فخرج على خلاف ما ظن وذلك لا ينافي صحة القرض نعم لو شرط في عقد القرض كونها خالصة فخرجت زیوفا كان منافيا كما هو الشأن فيما لو اشترى المعيب او بالمعيب من الجنس **قدير** **قوله** وان كان في القصة طائفة بالثمن سليما وللمشتري احتساب ما دفعه ثمنا عن القرض كما في (التحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد) اما الاول فلان البيع انما جرى على قد مخصوص غير معين بالمدفوع فيصرف اطلاقه الى الخالص فلا يصلح دفعه ثما لعدم المطابقة واما الثاني فلانه حق له في يد البائع وله عليه مثله باقترض فيسوغ له احتسابه عنه **قوله** ولو لم يكن عالما وكان الشراء بالزیوف كان له فسخ البيع كما في (التذكرة والدروس) وفي (جامع المقاصد) انه يشكل بان الثمن المعين اذا خرج من غير الجنس بطل البيع ولو خرج بعضه بطل في ذلك البعض وانت خير بان الظاهر ان المراد ان المعيب كان من الجنس **قوله** ولو قال المقرض اذا مت فانت في حل كان وصية ولو قال ان مت كان ابراء باطلا لتعلقه على الشرط كما في (التذكرة والتحرير وجامع المقاصد) ووافق في (الدروس) في الاول دون الثاني حيث نسبته الى القيل وقال الاقرب العمل بقصده فان المدلول محتمل في العبارتين وفي وصايا الكتب ونصح مطلقة مثل ان مت قلتي للمساكين ومقيدة مثل ان مت في مرضي هذا او في سفري هذا او ستنى هذه او بلدي قلتي للمساكين وواقعه على ذلك في (جامع المقاصد) فقد خالفنا هناك ما هنا الا ان نقول الا براءة غير الوصية لانه يعتبر فيه الحزم دونها وفي (حواشي الشريد وجامع المقاصد) ان الفرق بين ان واذا ان اذا ظرف في الاصل وان عرض لها معنى الشرط فكأنه قال وقت موتي انت في حل وذلك مجزوم به غير مشكوك فيه فلا تعلق فيه فيصح وان حرف وضع للشرط فاذا قال ان مت كان مقتضا للشك في كونه ابراء لان مقتضى تعلق الموت بكلمة ان الشك في حصوله ومنى كان المعلق عليه متكوكا فيه فالمعلق بطريق أولى ولا يضر كون الموت بحسب الواقع مقطوعا به لان الاعبار في الحزم وعدمه بالصيغة الواقعة ابراء فتى لم تكن واقعه على جهة الحزم لم تكن صحيحة نعم قد استثنى بعضهم ما اذا كان المعلق عليه واقعا والمبزه او الموكل او الواقف او البائع عالما بوقوعه كقوله ابرئت ذمتك ان كان اليوم الجمعة اخذ ذلك الشهيد في باب الوقف وكان المحقق الثاني واقعه عليه وفهأمل نعم قد استثنى ما اذا كان الشرط مكمل كقوله ان كان هذا مالي قد بدته او هذه زوجتي فهي طالق وزاد في الحواشي في الفرق بين ان واذا ان الشارع في انشاء الوصايا وضع اذا لا ان ومع قل الشارع لا بحث والكلام في الثبوت **قوله** ولو اقترض ذمي من مثله خيرا ثم اسلم او اسلم احدهما سقط القرض كما في (التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد)

ولو كان خنزيرا فالقيمة (الحادي عشر) لو دفع المديون اموالا على التفريق من غير جنس الدين قضاء ثم تغيرت الاسعار كان له سعر يوم الدفع لا وقت المحاسبة وان كان مثليا (متن)

لانه لا يجب على المسلم اداء الحر ولا قيمته لانه من ذوات الامثال فلا يجوز للمسلم المطالبة به لكنه قال بعد ذلك في (الدروس) الا قرب لزوم القيمة باسلام التريم وقد تقدم في باب السلم فيما اذا سلم كافر الى كافر في خر فاسلم احدهما قبل القبض انه يحتمل بطلان السلم والمشتري اخذ دراهمه وهو خيرة المصنف (وجامع المقاصد) والسقوط لا الى بدل والقيمة عند مستحله ويأتي للمصنف في باب الكفالة فيما اذا كان لذي خمر على ذمي وكفله آخر مثله واسلم احد التريمين ان يبرأ التريم (الجميع خل) على اشكال والمحقق الثاني قال ان اسلم صاحب الحق بطلت الكفالة وحصلت البرائة وان اسلم من عليه الحق بقيت الكفالة فقد اختلف كلامه في الابواب الثلاثة فليرجع الى الكفالة من اراد الوقوف على ذلك **قوله** (ولو كان خنزيرا فالقيمة) كما في (الذكرة والدروس وجامع المقاصد) وكذلك الحال في آلة الله وعلى القول بضمان المثل فكا لاول **قوله** (لو دفع المديون اموالا على التفريق من غير جنس الدين قضاء ثم تغيرت الاسعار كان له سعر يوم الدفع) اي القبض او الاقباض اجماعا كما في (المسالك والمفاتيح) وفي (الكفاية والرياض والحدائق) نفي الخلاف عنه واليه اشير في النهاية في موضع منها والسر ان ربه صرح في النهاية ايضا في موضع آخر والوسيلة والشرائع والنافع والارشاد والبصرة وجامع المقاصد وايضاح النافع والميسرة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وغيرها لان جعل المدفوع قضاء يقتضي كونه من جنس الدين فلما لم يكن عند الدفع الذي هو وقت القضاء من جنسه فلا بد من احتسابه على وجه يصير من الجنس وذلك باعتبار قيمته يومئذ سواء كان مثليا او قيميا كما به عليه المصنف بقوله وان كان مثليا ولا فرق في الدين بين ان يكون سلما ام غيره ولا في المدفوع بين كونه عروضيا او غيرا كما صرح به جماعة وهو ظاهر آخرين واستظهر جماعة كاليسي والشهد الثاني والمقدس الاردبيلي والحراساني والكلشاني وهو قضية كلام الباين ان هذه الاعراض تدخل في ملك التريم بمجرد القبض وان لم يحصل المسايرة قلت وقضية ذلك انه يسقط بارائها من الدين بسعرها ذلك اليوم لانها لم تنتقل اليه مجانا وانما انتقلت عوضا فلا بد من سقوط عوضها وذلك ظاهر فيما اذا كان الدين احد التقدين والمدفوع من الاعراض واما اذا كان الدين حنطة والمدفوع قاشا فالظاهر انها يحسبان بسعر (سعر حل) ذلك اليوم ويشكل فيما اذا كان له عليه دنائير فدفع اليه دراهم ثم انه تغير سعر الدنائير بالزيادة او القصر فان موتقة اسحق بن عمار الروية في (الفتية والتهذيب) قد تعطي في احد الوجبين انه يحاسبه على الدنائير بسعر اليوم الذي استقرضها فيه المستدين ويستسمعه ثم اني وجدت الشهيد في حواشيه يحكي عن شمس الدين انه قال ان المقبوض يدخل في ملك الفاض ساعره ام لم يساعره وان لم يقع عليه عقد سواء كان المقبوض مثليا او غير مثلي عن قبي او مثلي وتلزم القيمة وقت القبض ان دخوله في ملكه لانه دفعه عوضا عما له مع تيسر المديون انتهى ويدل على احكم المذكور من الاخبار ما رواه الشيخ عن محمد بن الحسن الصفار قال كتبت اليه في رجل كان له على رجل مال فلما حل عليه المال اعطاه به طعاما او قطنا او زعفرانا ولم يقطعه على السعر فلما كان بعد شهرين او ثلثة ارتفع الطعام والزعفران والقطن او نقص باي السعيرين يحسبه هل لصاحب

ولو كان الدفع قرضاً لا قضاء كان له المثل ان كان مثلياً والا فالقيمة وقت الدفع لا وقت المحاسبة في الباين مما (متن)

الدين سر يومه الذي اعطاه وحل ماله عليه او السر الثاني بعد شهرين او ثلثه يوم حاسبه فوقع عليه السلام ليس له الاعلى حسب سر وقت مادفع الطعام انشاء الله تعالى وروى نحوه في (الكافي) عن محمد ابن يحيى في الصحيح قال كتب محمد بن الحسن الى ابي محمد عليه السلام الحديث وما يدل على انسحاب الحكم في التقدين لو كان احدهما في ذمته فاعطاه الآخر قضاء عن دينه من غير محاسبة كما اشرنا اليه مارواه المشايخ المنة رحمهم الله تعالى عن اسحق بن عمار في الموثق قال سئلت ابا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يكون لي عليه المال فيقضيني بعضاً دنائير وبعضاً دراهم فاذا جاء بمحاسبتي ليوفيني يكون قد تغير سعر الدنائير اي السعيرين احسب له القسي كان يوم اعطاني الدنائير او سر يوم الذي احسبه قال سر يوم اعطاك الدنائير لانك حبست عنه منفعتها ولم قوله عليه السلام حبست عنه منفعتها كناية عن انتقالها الى القابض وزوال ملك الدافع عنها لا انتفاع له بها بالكلية لخروجها عن ملكه وبه يحصل حبس منفعتها عنه واذا انتقلت الى ملك القابض سقط بازائها من تلك الدراهم بما قابلهما بصرف ذلك اليوم فالل في الخبر عبارة عن الدراهم ومارواه في (التهذيب) عن يوسف بن ايوب عن شريك بن ابراهيم بن ميمون عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنائير ولا يصارقه قصير الدنائير بزيادة او قصصان قال له سر يوم اعطاه ونحوه خبر عنه بن عبد الملك الهاشمي وموثقه ابراهيم بن عبد الحميد وموثقه اسحق بن عمار الاخرى وفي دلالة الاخيرة نوع خفاء وذلك لان الخبر هكذا قال قلت لابي ابراهيم عليه السلام الرجل يكون له على الرجل الدنائير فيأخذ منه دراهم ثم يتغير السعر قل فهي على السر الذي أخذها منه يومئذ وان أخذ دنائير فليس له دراهم عنده فدنائيره عليه يأخذها برأسها متى شاء قول الراوي ثم يتغير السعر ظاهره انه تغير سعر الدراهم فيوافق الاخبار الاخر ويكون معناه انه أخذ الدراهم أولاً مكان دنائيره ثم أخذ دنائير ثانياً بعد ذلك فليس للمعطي أن يحملها في مقابلة دنائيره التي كانت له عليه أولاً ويطلب منه دراهمه اذ لا دراهم له عليه حينئذ بل ليس له الا دنائيره التي أعطاها ثانياً يأخذها متى شاء وان كان المراد انه تغير سعر الدنائير جاء الاشكال الذي ذكرناه آنفاً وكان الخبر مخالفاً للاخبار الاخر وكلام الاصحاب عند امان النظر وقد يؤول حينئذ لان تغير سعر الدنائير يستلزم تغير سعر الدراهم فليتأمل في المقام جيداً قوله **﴿ولو كان الدفع قرضاً لا قضاء كان له المثل ان كان مثلياً والا فالقيمة وقت الدفع لا وقت المحاسبة في الباين مما﴾** الحكم في ذلك ظاهر كما تقدم غير مرة وقد دلت موثقة اسحق بن عمار الاخيرة على الحكم في المثل كما عرفت وانما الكلام في قوله في الباين فتد قال الشهيد في حواشيه (قل) ان المراد بالباين القرض والقضاء أما في القضاء فظاهر وأما في القرض فلا يجابه في القيمي القيمة يوم القرض وكلامه في القضاء دال على أن القيمي سواء كان من جنس الحق أو من غيره فتعتبر قيمته يوم الدفع أيضاً لا إطلاقه ذلك وقوله وان كان مثلياً فانه يعرف منه القيمي بطريق أولى وصرح به في الدفع قرضاً لتساوي الدفين بالنسبة الى القيمي انتهى (وفيه) أولاً انه تكرار وثانياً ان هذا الحكم في المدفوع قضاء لا يختص بما اذا كان قيمياً وقال الشهيد وليس المراد بالباين المثل والقيمي لان المثل في القرض لا التفات الى قيمته الا عند تعذر المثل وهو غير مختص بحالة الدفع بل

(الثاني عشر) يجوز بيع الدين بعد حلوله على التبريم وغيره بحاضر او مضمون حال لا بمؤجل (الثالث عشر) لا يجب دفع المؤجل سواء كان ديناً أو ثمناً أو قرضاً أو غيرها قبل الاجل فان تبرع لم يجب اخذه وان انتفى الضرر بأخذه ومع الحلول يجب قبضه فان امتنع دفعه الى الحاكم ويكون من ضمان صاحبه وكذا البائع سلماً يدفع الى الحاكم مع الحلول ويبرأ هو من ضمان المشتري وكذا كل من عليه حق حال او مؤجل فحل فامتنع صاحبه من اخذه ولو نذر الحاكم وامتنع صاحبه من أخذه فلا قرب ان هلاكه منه لامن المديون (متن)

أي وقت نذر قال ويحتمل أن يكون المراد بالبابين الدفع من جنس الدين ومن غير جنسه على معنى أن المراد سواء كان المدفوع قرضاً من جنس القرض الاول أم من غيره وفي (جامع المقاصد) ان هذا اوجه وقال الشهيد ويتصور في القرض صور أربع (الاولى) ما اذا دفع مثلياً من الجنس فله المثل ويتهاثران ان وافق الدفع الحلول (الثانية) ما اذا دفع مثلياً من غير الجنس فله المثل ولا تهاثر (الثالثة) ما اذا دفع قيمياً من جنس الحق كما اذا أسلم في جارية قد دفع اليه جارية قرضاً بصفات السلم فله القيمة أيضاً يوم القرض (الرابعة) ما اذا دفع قيمياً من غير الجنس فله القيمة أيضاً ولا تهاثر والصور الاربع آتية في الدفع قضاء وفي الكل يغبر القيمة يوم القبض **قوله** يجوز بيع الدين بعد حلوله على التبريم وغيره بحاضر أو مضمون حال لا بمؤجل هذا تقدم الكلام فيه مراراً أقربها عند شرح قوله في أواخر المطلب الاول من مطلبي الدين ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره واحترز بالحلول عما قبله فلا يصح قبله عنده وقد سلف لنا أن الاصح الصحة قبله وان منعناها في السلم وأراد بقوله وغيره الرد على ابي ومافي الذمة يعبر عنه بالمضمون واحترز بقوله لا بمؤجل عن يعبه لصدق اسم الدين عليه وان لم يكن قد ثبت في الذمة بعد كما يئناه فيما سلف وقد أوضحنا الفرق بينه وبين المضمون الحال وحكى الشهيد في حواشيه قولين فيما اذا باع مافي ذمته بسى آخر في ذمته مؤجلاً الصحة لازماً في الذمة مقبوض ونسبه إلى الفخر وأبي القاسم وقواه والبطلان لانه عين بيع الدين بالدين وقد استوفينا الكلام في ذلك الصرف عند شرح قوله ولو كان له عليه دناير قامره أن يحولها دراهم **قوله** لا يجب دفع المؤجل سواء كان ديناً أو ثمناً أو قرضاً أو غيرها قبل الاجل فان تبرع لم يجب أخذه وان انتفى الضرر بأخذه ومع الحلول يجب قبضه وان امتنع دفعه الى الحاكم ويكون من ضمان صاحبه وكذا البائع سلماً يدفع الى الحاكم مع الحلول وهو يبرأ من ضمان المشتري وكذا كل من عليه حق حال او مؤجل فحل فامتنع صاحبه من أخذه ولو نذر الحاكم وامتنع صاحبه من اخذه فلا قرب ان هلاكه منه لامن المديون هذه الاحكام قد تذكر في المقام وقد تذكر في السلم والا كثرون ذكروها في التسيئة وقد تعرض المصنف لبعضها في موضعين من باب السلم وتكلمنا هناك بما اقتضاه المقام ونسألكم الكلام في هذه الاحكام ان يقال لا ريب انه لا يجب دفع المؤجل قبل حلوله كما طفت بذلك عباراتهم في مقامات شتى تمسكاً بالاصل والثقات الى لزوم العمل بمقتضى الشرط وقد حكي في (الندوة) الاجماع على انه ليس للمشتري المطالبة بالمسلم فيه قبل الأجل ولا قائل بالفصل بل الاجماع معلوم في التسيئة كما ادعاه شيخنا صاحب الرياض وفي قول المصنف سواء كان ديناً أو ثمناً

او قرضاً او غيرها نظر لانه يظهر منه ان الدين مبين للقرض والتمن وقد عرفت حقيقة الحال في اول الباب وان القرض والتمن يمدان ديناً وقوله او غيرها يقتضي مغايرة الدين للمقوق الثابتة بما سوى هذه الامور كالاتلاف والنذر ونحو ذلك فتأمل وأما انه ان تبرع بالحق المؤجل الذي عليه سواء كان من الدين أو التمن في التسيئة أو المبيع في السلم قبل الاجل لم يجب أخذه ولا قبضه فيما لا أجد فيه خلافاً وقد صرح بذلك علي منوال هذا العنوان في الوسيلة وكذا المراسم والمقدمة وصرح بذلك في بيع التسيئة في النهاية وغيرها وقد فني عنه البعد في مجمع البرهان واستظهره صاحب الكفاية وفي (الرياض) الاجماع عليه وصرح به في باب السلم جماعة وفي (التحرير) سواء كان عليه ضرر أو خوف أو مؤنة أم لا وقال في (مجمع البرهان) قد يتخيل وجوب القبض لان الاجل لرعاية حال المشتري والترفع له لا لأجل البائع ولهذا يزداد الثمن فاذا حصل الثمن الزائد للبائع فقد افترق غاية مطلوبه ولان الظاهر ان الحق ثابت والاخذ مع دفع صاحبه عندهم واجب عقلاً وتقليداً وقد أفاد الاجل عدم وجوب الدفع لا عدم وجوب الاخذ (وفيه) انا نمتنع (أولاً) استلزام انحصار قائده في ذلك بعد تسليبه وجوب الاخذ على البائع مع مخالفة الاصل السالم عن المعارض من نص أو اجماع لا اختصاصه بغير صورة القرض (وثانياً) يمنع الانحصار لجواز تعلق غرض البائع بتأخير القبض الى الاجل فان الاغراض لا تنضبط كما يأتي التنبيه على ذلك في الفرع الرابع عشر وأما انه مع الحلول يجب قبضه فهو صريح المبسوط والوسيلة والسرائر والشرائع والمنافع والتحرير والتذكرة والكتات فيما سلف والارشاد والمختلف والدروس واللمعة وغيرها ذكرنا ذلك في مقامات شتى وهو أي وجوب القبض قضية كلام المقنعة والنهاية والمراسم والحكم مما لا ريب فيه وفي (الرياض) الاجماع عليه ومعنى وجوبه عليه انه يأثم بتركه كما صرح به في (الدروس) ولا فرق في الحلول بين ما كان حالاً في الاصل أو مؤجلاً وحل الاجل كما صرحوا به ولا فرق بين أن يكون في قبضه ضرر أم لا كما في التحرير وهو قضية اطلاق كلام غيره وأما انه ان امتنع دفعه الى الحاكم ان امكن فهو خيرة المبسوط والسرائر والشرائع والارشاد والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس واللمعة والمساك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وغيرها على اختلاف لهم في التعبير عن ذلك فني بعضها قبضه الحاكم او النائب عنه كالمبسوط والتذكرة والتحرير واللمعة والدروس في موضع منه وفي بعضها قبضه الحاكم ان سأل البائع كالشرائع والكتات في باب السلف وفي بعضها وجب دفعه الى الحاكم ان أمكن كالمختلف والدروس في موضع آخر منه وهو ظاهر جماعة كالمصنف هنا وغيره حيث يقولون دفعه الى الحاكم كالكتاب فليتأمل وفي (الكفاية) جاز الدفع الى الحاكم ووجب في (السرائر) على الحاكم القبض ومنع من اجباره المستحق على قبضه أو ابرائه وهو ظاهر المبسوط في الاول وصرح به في الثاني واستبعد ما في السرائر في الامرين صاحب الدروس وقد حكم بهما في حواشيه على الكتاب فقال ليس له اجباره على القبض والابراء وحكي في (المختلف) عن أبي علي انه يجبره على الاخذ وحكي في سلم جامع المقاصد قولاً بانه انما يقبضه الحاكم اذا سأل البائع اذا أجبر المسلم على القبض ولم يقبض ثم استظهر ان له أن يقبضه وان لم يجبره على قبضه اذا امتنع وانه لو لم يسأله لايجب عليه قبضه وانه يجوز له ذلك وان لم يسأله لانه نائب نائب المالك وانه ليس له اجباره ان لم يسأله المالك لان يده يد رضي بها المشتري ولم يصدر منه ما ينافيه (قلت) وعلى ما استظهره يمكن تنزيل اطلاق كلام الاصحاب فتحتم

الكلمة ويبقى الكلام في كلام من أوجب دفعه الى الحاكم بعد امتناعه من قبضه من أول مرة لعدم الدليل عليه وحينئذ فله تأخير دفعه والتصرف فيه حيث يكون كليا كما هو المفروض الى أن يطالبه المالك أو من يقو مقامه ولعله الى ذلك أشار في (الكفاية) بقوله جاز كما سمعت الا أن الايصال اليه أحوط مسارعة الى ابراء الذمة وخروجا عن خلاف فتوى من عرفت وكيف كان فإذا قبضه الحاكم وجوبا أو جوازا كان من ضمان صاحبه من غير خلاف يعرف وأما اذا لم يدفعه الى الحاكم مع امكان الوصول اليه بلامشقة بالغة فانه يكون من ضمان المديون وأستندوا في ذلك كله الى أن فيه اقتصارا فيما خالف الاصل الدال على عدم تعيين الدين حيث كان كليا لا قبض صاحبه أو من يحكمه على محل الوفاق والتفاتا الى اندفاع الضرر عن المديون بالدفع الى الحاكم فلو قصر كان كالمفروض من حيث يمكنه من دفعه الى مستحقه أو نائبه فيكون من ماله وقد خالف على الظاهر في ذلك جماعة منهم الشيخ في النهاية فقال ما حاصله انه ان حل الأجل وامتنع من قبضه مع تمكنه وتعيينه ثم هلك كان من مال البائع ان كان ثمنا ونحوه ما في المراسم والوسيلة والنافع من دون أن يخصوه بصورة عدم التمكن من الحاكم يدفع اليه وهو المحكي عن المفيد والقاضي وعبارة المقنة التي عندي غير تقية في المقام من الغلط لكن الظاهر منها ذلك ويناسبه ما حكاه عن أبي الصلاح في المختلف وقد ينزل كلامهم على صورة عدم التمكن من الحاكم وقد يكون نظرهم الى أن الاصل عدم وجوب الدفع الى الحاكم الذي هو وكيل مع وجود الموكل وامكان تسليمه بالاتيان به اليه وطرحه بين يديه كما هو ظاهر الوسيلة بل والنهاية واليه مال المولى الاردبيلي والخراساني من دون اعتبار الاتيان به وطرحه عنده بل اكتفينا بتعيينه وتمكينه منه وبذلك صرح جماعة في باب الكفالة وحيث يقبضه الحاكم فجاعة على انه يخلي بينه وبينه ويبرأ الحاكم منه وآخرون انه يجعله في بيت المال فيحفظه على صاحبه وليس هناك من مخلة فلا اختلاف وقد عرفت أن كلامهم في هذه المقامات قد جمعناه من أبواب شتى كالسلم والنسيئة ولدين وغير ذلك اذ المدار في الكل على التأجيل والحلول في الحقوق مع مساواة المدفوع للحق في الجنس والقدر والوصف كما نبه على ذلك في (الوسيلة والمراسم والتذكرة والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد وروضة ومجمع البرهان والكفاية) وغيرها حيث يعبرون بالحق أو بقولون وكذا كل من عليه حق حال أو مؤجل محل كما في الكتاب وحيث يقولون انما يجب القبض في الحال اذا ساوى المدفوع الدين جنسا ووصفا بقدره فلو قد أحد الثلاثة لم يجب القبض قطعا وقضية قول المصنف وكذا البائع سلما الى آخره ن حكم البائع سلما لم يندرج في عموم ما سبق وليس كذلك لاندرج في عموم المؤجل ولعل ذكره اكمال الاهتمام بشأنه واما انه لو تعذر الحاكم وامتنع صاحبه من أخذه فانه يكون هلاكا منه لاس المديون فقد صرح به الشهيدان والمحقق الثاني والمولى الاردبيلي والخراساني وغيرهم لان في الحكم يكون هلاكا من المديون ضررا عظيما ولان المتع من أخذ حقه مع امكانه يكون مضيعا له ولانه يجب قبول المدفوع سلما (سايماخل) ولا نعني بالتعيين الا ذلك ولا فرق في ذلك بين ما اذا عرضه على المالك بعد تعيينه ولم يأت به وبين ما اذا أتاه به وطرحه عنده نعم يجب حفظه بمجرى (المجرى خل) العادة في الصورة الاولى دون الثانية وان كان قضية كلام الاصحاب عدم وجوب الحفظ في الصورتين حيث أطلقوا بقي الضمان عندهما لا ضرر ولو وجب الحفظ لبقى الضرر المحذور ولزم الضمان بالقصير فيه والمتجه ما قلناه وهو الذي استوجهه المحقق الثاني ويمكن تنزيل اطلاقهم عليه ويأتي عن الدروس ما يشهد عليه وفي حواشي الشهيد ان المقول انه

(الرابع عشر) لو أسقط المدينون أجل الدين الذي عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة في الحال (متن)

مع تعذر الحاكم بشهد شاهدين على أنه دفع إليه دينه فامتنع من قبضه فإذا تلف من غير تقييد كان من مال صاحب الدين انتهى ولعل الغرض من اعتبار اشهاد الشاهدين اثبات الدعوى بالتعيين عند الامتناع لو أنكروا المدينين لا لتحقق ذلك في نفس الامر واعتبر المولى الاردبيلي والخراساني أن يجعله في مكان يسهل عليه أخذه منه ويرفع يده عنه ووجه غير الاقرب أن الدين إنما يتعين بقبض المالك أو من يقوم مقامه ومن ثم كان المدينون تغييره مالم يقبض وكأنه مال إليه في (الايضاح) ورد بأن التعيين كما يتوقف على قبض المالك يتوقف على تعيين المدينين فإذا امتنع أحدهما في محل الوجوب وجب أن يسقط اعتباره خذراً من لزوم الضرر ومن ثم يجوز أخذ الدين إذا ظفر المالك بمال للمدينين الممتنع من الاداء وتعذر الحاكم ويكون تعيين المالك كافياً وهل ينسحب هذا الحكم فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه النائب في مال على حكم الاشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك فلا يلف منها مما وكذا لو تسلط الظالم بنفسه فأخذ قدر نصيب الشريك قال (في جامع المقاصد) لم أجد للاصحاب فيه تصريحاً بنفي ولا اثبات مع أن الضرر قائم هنا أيضاً والمنتهى عدم الانسحاب انتهى وهو كذلك لأن القسمة لا تصح الا باتفاق الشركاء ونعم الكلام في باب القضاء هذا ومقتضى كلامهم أن المشتري إذا لم يطرحه عنده بل عرضه عليه وهو عنده وامتنع أنه يبقيه بيده مميزاً على وجه الامانة وينبغي مع ذلك أن لا يجوز له الصرف فيه وأن يكون نمائه للممتنع وزكوته عليه وان لا يشاركه الدين لو حجر على المدينون المفلس بعد ذلك قبل القبض وظاهر الايضاح أن الاصحاب لا يقولون بذلك وقد قال في (الدروس) ان للمشتري التصرف فيه وقد عرفت آتياً انه حكم فيه بالضمان فيما نحن فيه ومقتضى ذلك انه لا يخرج عن ملكه وانما يكون تلفه من البائع عقوبة والا لزم ضمان مال الغير الذي في يده ماله بلا جناية ولا يد وهو مستحيل فليتأمل وفي جواز المرافعة الى حكام الجور عند تندر الوصول الى احق او تسره اشكال كما في (الكفاية) ونحوه ما في (مجمع البرهان) لمكان الاخبار السكتيرة الناهية عن ذلك وانت خير بأن الظاهر كما ذهب اليه جملة من اصحابنا كما قيل اختصاص تحريم الترافع اليهم بوجود الحاكم الشرعي كما هو ظاهر جملة من اخبار المسئلة وبعضها وان كان مطلقاً الا انه يجعل على المقيد فتأمل ثم ان ظاهر الاخبار المشار اليها المنع من الترافع في اثبات الحق بالينة او اليمن دون مجرد الاستعانة بهم على اخذه مع ثبوته وعدم انكار الخصم ذلك كما هو محل البحث فتلاحظ الاخبار في المقام ~~قوله~~ ﴿ ولو أسقط المدينون أجل الدين الذي عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة في الحال ﴾ قد عرفت ان لزوم الاجل في الدين إنما يكون لثبوته بالعقد اللازم كما اذا باعه نسيئة أو لجملة أي الاجل شرطاً في عقد لازم بناء على المشهور كما عرفت في اول الباب أو يكون بنذر وشبهه فان كان الاول فلا ريب في عدم سقوطه لانه قد ثبت بالعقد اللازم كما هو المفروض فلا يسقط بمجرد الاسقاط ولان في الاجل حقاً لصاحب الدين ولهذا لا يجب قبوله قبل الاجل نعم لو تأيلا في الاجل سقط واما الثاني فقد عرفت ان فيه احتمالين اللزوم من الحائنين او من جانب واحد فالامر بيد المشترط ونفع الشرط له وقد استوفينا الكلام في ذلك وان كان الثالث فكلاً ول

(لخمس عشر) لو اقترض دراهم ثم اسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه الا الدراهم الاولى فان تعذرت قيمتها وقت التعذر ويحتمل وقت القرض من غير الجنس لامن الدراهم الثانية حذرا من التفاضل في الجنس المتحد (متن)

ويزيد عليه انه لا يسقط بالتقابل لانه انما يكون في العقود لافي النور **قوله** ولو اقترض دراهم ثم اسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه الا الدراهم الاولى قد عرفت مما مر انه لو اقترض دراهم وجب عليه رد مثلها في الوزن والصفة ولا يرد لها بسكة مخلفة لسكة القرض فلو اسقط السلطان تلك الدراهم وجاء بغيرها لم يكن له الا الدراهم الاولى كما هو خيرة الشيخ في النهاية والقاضي على ما حكى عنهما وابن ادريس وسبطه وصاحب جامع الشرائع والتذكرة والبحري وال مختلف والدروس وفي الاخير انه اشهر وفي (المفاتيح) انه مذهب الاكثر لانها من ذوات الامثال فكانت مضبوطة بالمثل وللصحيحين الصريحين في ذلك احدهما عن يونس في مكاتبه الرضا عليه السلام والمخالف الصدوق في المقنع قال وان استقرضت من رجل دراهم ثم سقطت تلك الدراهم وتغيرت فلا يباع بها شيء فلصاحب الدراهم التي تجوز بين الناس وقال في (الغنية) كان شيخنا محمد بن الحسن يروي حديثا في ان له الدراهم التي تجوز بين الناس ذكر ذلك عقيب رواية يونس عن مولانا الرضا عليه السلام (قلت) لعل الحديث الذي رواه شيخه هو ما رواه ثقة الاسلام والشيخ عن يونس في الصحيح في الكافي على الصحيح فيما يرويه البيهقي عن يونس وفي ابراهيم بن هاشم (واما التهذيب) ففي طريقه سهل فان فيه لك ان تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما اعطيته ما ينفق بين الناس وحكي عن ابي علي انه قال ولا تختار للمستقرض الا ان يعطي ما ينفق بين الناس كما أخذ ما ينفق بين الناس وقد جمع الشيخ بين الاخبار بحمل ما ينفق بين الناس في الخبر الاخير على معنى قيمة ما كان ينفق بين الناس وكذلك اول الدراهم الاولى في الاولين بقيمة الدراهم الاولى دفعا للتناهي قال لانه لا يجوز ان تسقط الدراهم الاولى حتى لا تكاد تؤخذ اصلا فلا يلزمه اخذها وهو لا ينتفع بها وانما له قيمة الدراهم الاولى وليس له المطالبة بالدراهم التي تكون في الحال انتهى وهو كما ترى واعد منه جمع الصدوق في الغنية ومثله حمل بعض متأخري المتأخرين الرواية الاخيرة على مهر الزوجة او ثمن المبيع فان فيه مع خروجه عن الظاهر ان حكم هذين يرجع بالآخرة الى حكم القرض **قوله** (فان تعذرت قيمتها وقت التعذر) هذا مختار (التذكرة) في المقام وقد حكى فيه عن النهاية والقاضي والسرائر وقد تقدم الكلام فيها اذا تعذر المثل في المتلى وان المختار والاصح وجوب القيمة يوم المطالبة كما حكى هناك عن جماعة وقد اختاره هنا الشهيد في (الدروس) والمحقق الثاني والحاصل أنا قد استوفينا الكلام فيما سلف وتعرضنا لكلامهم في المقام والقول فيما نحن فيه بالوجوب وقت القرض موافق للنظر ولجبره في الضرر وقد حكى عن الشيخ في المقام وعن السرائر في مقام آخر ولم اظفر به في كلاميهما فيما نحن فيه وكأنه مال اليه اوقال به في التحرير في المقام وفيما سلف قال بوقت التعذر **قوله** (من غير الجنس لامن الدراهم الثانية حذرا من التفاضل في الجنس المتحد) كما صرح به في (السرائر) والتذكرة وال مختلف والدروس وجامع المقاصد وهو قضية كلام الباقر لانه اذا أبطل رواجها من حيث كونها دراهم لم يبق الا اعتبار النقد وهو أنقص باعتبار ان للسكة اعتبارا قزيبا بها الغيبة وأما مع المساواة في الوزن فلا بأس

وكذا لو جعل قيمتها أقل ولو ضارب فلا قرب إن رأس المال الدراهم الساقطة مع احتمال جبر النقص بالربح ولو سقطت أو نقصت بعد البيع لم يكن للبائع إلا التقيد الأول ولو تعامل بعد النقص والعلم فلا خيار وإن كان قبل العلم فلا قرب ثبوت الخيار للبائع سواء تباعاً في بلد السلطان أو غيره (المقصد الثاني في الرهن) وهو وثيقة لدين المرهن وأركانه أربعة الصيغة والمحل والمأقود والحق فهنا فصول (متن)

والجار متعلق بمحذوف على أنه حال من قيمتها أو صفة لها ﴿قوله﴾ ﴿وكذا لو جعل قيمتها أقل﴾ أي لو جعل السلطان قيمتها أقل كان الحكم فيه كما في اسقاطها فع التمتع يأخذ القيمة من غير الجنس حذراً من الربا ﴿قوله﴾ ﴿ولو ضارب فلا قرب إن رأس المال الدراهم الساقطة﴾ وجه القرب كما في (الايضاح وجامع المقاصد) أنها رأس المال فكيف يتصور للمطالبة بغيرها كما لو دفع فضة فأنه ليس له المطالبة بذهب ولأنه نقص لم يحصل من التجارة أي البيع والشراء وإنما حصل من السلطان والمضاربة إنما انعقدت بالنسبة إليها والأصل بقاء ما كان ﴿قوله﴾ ﴿مع احتمال جبر النقص بالربح﴾ ووجه أنه نقص حصل بعد دورانه في التجارة وضعف بأن رأس المال بحاله والنقص الذي يجب جبرانه هو النقص عن رأس المال ولم يحصل فإن قصان قيمة رأس المال لا يعد قصاً في رأس المال وهو ظاهر وكأنه متأمل في (التذكرة) ﴿قوله﴾ ﴿ولو سقطت أو نقصت بعد البيع لم يكن للبائع إلا التقيد الأول﴾ كما في (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) لوجوب حمل العقد على المتعارف حينئذ أو الغالب ﴿قوله﴾ ﴿فلو تعامل بعد النقص والعلم فلا خيار﴾ كما في (التذكرة وجامع المقاصد) والمراد بعد علم البائع لأنه هو الذي يدخل عليه الضرر حينئذ وأما المشتري فلا ضرر عليه لو لم يعلم ﴿قوله﴾ ﴿وإن كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبائع سواء تباعاً في بلد السلطان أو غيره﴾ ثبوت الخيار للبائع حينئذ خيرة (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) لأنه نقص سابق على العقد ولم يعلم به فطريقه وطريق العيب واحد وهو قص المالية لأنه إما عيب أو كالعيب ولم تفرق الأمر بينهما كما في (الايضاح) ووجه العدم أنه ما زادت فيه صفة ولا نقصت منه صفة هي زيادة أو قسمة عن المجزئ الطبيعي فلا يكون عيباً وقد وقع عليه العقد وضعف بان المراد بالزيادة والقيصة باعتبار الغالب ولهذا يعد كون الضيقة منزلة الجيوش عيباً مع عدم قصان منها ولا زيادة وهذا المعنى ثابت هنا لأنه صار ناقصاً باعتبار العرف الغالب ويستوي في ذلك بلد السلطان وغيره إذ لا أثر لتفاوت البلدان يكون الأمر في ذلك متافوئاً بالظهور خلفاء

﴿ المقصد الثاني في الرهن وهو وثيقة لدين المرهن ﴾

الرهن أما مصدر أو اسم الشيء المرهون والتالي يجمع على رهن كسهم وسهام وقال أبو عمر ورهن أيضاً جمع وقال الاخفش هي قييدة لأنه لا يجمع قل على فعل الا قليلاً كقف وسقف بل هو جمع الجمع أي رهن وقد طمعت عباراتهم بأنه لغة الثبات والدوام وإن اللغة الذلية رهن وأما الرهن ففي (المبسوط والسرائر والتحرير) قد قيل أنها لغة وفي (التقييد) أنها لغة قليلة وفي (المهذب البارع) لا يقال رهن وفي (القاموس) رهن وارهن بمعنى ونحوه ما في الصراح والمصباح المنير وقال في (المسالك) ويطلق على الحبس بأي سبب كان قال الله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) أي محبوسة وأخذ الرهن الشرعي من هذا المعنى أنسب (قلت) وهذا المعنى صرح في (المصباح المنير) وقد يظهر من

(المبسوط وقه الراوندي والغنية والسرائر والتحريروالدروس وحواشي الكتاب والتفحيح وكنز العرفان والمهذب البارغ وايضاح النافع والمالك) انه حقيقة شرعية حيث قيل في المبسوط والسرائر وفي (الشرعية) اسم لجعل المال وثيقة الى اخره وفي (قه الراوندي) انه في الشرعية اسم لما يجعل وثيقة وفي (الغنية) انه في الشرعية عبارة عن جعل العين وثيقة في دين الى آخره وفي (التحريروالمهذب البارغ) انه في الشرع عبارة عن المال الذي يجعل وثيقة وفي (الدروس والحواشي والتفحيح وكنز العرفان وايضاح النافع والمالك) انه شرعا وثيقة وظاهرهم ان المراد انه كذلك في لسان الشارع ولا مانع منه ان لم يثبت انه في اللغة لما جعلوه معنى شرعيا له من المصدر او اسم المصدر او المال لكن في (الصحيح) انه اي الرهن معروف ومثله ما في نهاية ابن الاثير في اثناء كلامه له وفي (المصباح المنير) رهنه المتاع بالدين حبسته به فهو مرهون وفي (القاموس) الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك فكان ذلك ثابتا في اللغة ولا ريب انهم كانوا يتدانيون ويرهنون فلم تتحقق فيه الحقيقة الشرعية لان معيارها أن يستعمل الشارع لفظا في ماهية جديدة ومعنى مستحدث ويكون اللفظ حقيقة فيه في لسان المتشرعة ولم يوجد ذلك في الرهن فلا بد حينئذ من تنزيل كلام الاصحاب على حقيقة المتشرعة واصطلاح الفقهاء لينزل كلامهم عند اطلاقهم عليه فيكون المراد انهم اصطلموها على أحد معانيه ولا مؤاخذه في ذلك الا على صاحب المسالك حيث قال وأخذ الرهن الشرعي من هذا المعنى أي الحس أنسب ان افتر الى المناسبة والانصاف ان قولهم شرعا كالتص في ارادة المعنى الشرعي فيتساوى في ذلك صاحب المسالك وغيره وهكذا الحال في كل ما كان من هذا القبيل كالقرض والاجارة والبيع ونحو ذلك ونعم ما قال في (مجمع البحرين) وفي عرف الفقهاء وثيقة لدين المرتهن (وقد قال) ان الشارع والمتشرعة اذا استعملوه في أحد المعاني وخصوه بها وهجروا بقيتها كان حقيقة شرعية (قال) هو كذلك ان تحقق ذلك والظاهر تحققه لان الظاهر اخذ القبض في ماهيته كما يدل عليه الاخبار كما يأتي بان ذلك مفصلا في الكلام على اشتراط القبض ثم اني وجدت الاستاذ قدس سره قد تعرض في الفوائد الجديدة لتلك فقال اعلم انه ربما يقول الفقهاء في العبادات والمعاملات في مقام التعريف انه لغة كذا وشرعا كذا ولعل المراد معنى اللفظ المذكور لتلك العبادات والمعاملات اعم من ان يكون حقيقيا أو مجازيا لتزاعهم في ثبوت الحقيقة الشرعية أو يكون مرادهم أعم من الشارع والمتشرعة أو يكون المراد من المعنى المعنى الصحيح شرعا والمعتبر عند الشارع والمعتبر بحسب السرعة وهذا هو الاقرب ثم بينه بان الفقهاء متفقون على ان المعاملات ليست توقيفية كالعبادات الى آخر ما حرره وانت خبير بان ما قرره لانتم في الرهن في بعض تعاريفه لان قولهم وثيقة لدين المرتهن لم يزيدوا فيه على المعنى اللغوي شأ من الشروط وغيرها الا ذكر الدين ولعلمهم جروا فيه على الغالب لا قصد الاخراج ولعل العرب انما كانوا يرهنون على الدين فتأمل جيدا وانما يتم في تعريف البيع ونحوه حيث يذكر فيه بعض التوائط وغيرها كتعريف المصنف الرهن في التذكرة بانه عقد شرع للاستيقاق على الدين فليحظ ذلك (والحاصل) انه لو كان المقصود تحديد المعاملات الصحيحة لوجب استقصاء شرائط الصحة مع انهم لم يتعرضوا فيها الا لقليل منها ويمكن ان يقال لما كان الغالب في المعاملات مشاركة بعضها لبعض في بعض الصفات كاشتراك البيع مع الهبة في نقل الملك ومع الاجارة في النقل بموضع واشتراك الاجارة مع الجمالة الى غير ذلك وكان الواجب تمييز بعضها عن

بعض لتوقف العلم بثبوت أحكامها المختلفة عليه وليحمل كلامهم عند الإطلاق على ذلك قصدوا تمييز بعضها عن بعض بوجه ما من الوجوه وهذا امر يختلف من حيث الاستثناء عن الشروط والاحتياج إليها كما أنهم ربما احتاجوا في بعضها إلى واحد من الشروط أو إلى أكثر (فإن قلت) فما الوجه حينئذ في الحكم بأنها شرعية مع عدم احتمال بعضها على شروط الصحة واشتغال بعضها على بعض شروطها (على شروطها خل) (قلت) المراد بالشرعي هنا الوقوف على الشرع في الجملة ومقابلته للغوي والعرفي أعني مالا توقف له على الشرع أصلا فلا يقدح في الحكم بالشرعية احتمال الحد على شيء من المفهومات الغوية نعم يقدح فيه عدم احتمالها على شيء من المعاني الشرعية ولم يوجد في كلامهم إطلاق الشرعي على مثل ذلك إلا الرهن على بعض التعاريف على تأمل فيه والوثيقة تطلق على المذكر والمؤنث كما في (التذكرة) وغيرها يقولون في الصيغة هذا وثيقة دينك فإنه يراد به ما يوثق به مطلقا من غير نظر إلى التأنيث والتذكير فاستويا فيه بحسب الاستعمال وخرجت عن كونها للتأنيث قال ذلك كله في (مجمع البرهان) وقال جماعة إن التاء للتعليل والامر في ذلك سهل وفي (حواشي الكتاب والتقيح) أنه اختلف في معناها ما قيل ليستوفي دينه (حقه خل) منه وقيل ليستوفي دينه به قال في (الحواني) والاول اشهر وتظهر الفائدة في رهن ام الولد فعلى الاول لا يصح وعلى الثاني يصح لأن مع المالك من التصرف فيها وامكان بيعها في الجملة لجواز زوال المانع يدعوا المالك إلى القضاء وليس في إضافة الدين إلى المرتين دور لانا معرفة في التعريف بصاحب الدين أو من له الوثيقة من دون أن نأخذ الرهن في تعريفه والتخصيص بالدين مبني اما على الغالب أو على عدم جواز الرهن على غيره وإن كان مضونا كالنصب وكذا ما يمكن فطرق ضمانه كالمبيع وثمنه لاحتمال فساد البيع باستحقاقها وبقتضان قدرها أو على أن الرهن عليها إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الظلل بالاستحقاق أو تعذر البين ويكون مبدأ الرهانة هنا من حين الظهور وبه تكاف مع أنه قديمتي بحاله فلا يكون ديننا وكيف كان فهو ثابت بالاجماع كما في (المبسوط) وقه الراوندي والغنية والسرائر والتذكرة والتحرير والدروس والتقيح والمهذب البارع) بل في الاخير كالتذكرة التصريح باجماع المسلمين وهو ظاهر غيره كالمية وغيرها ولم يقل أحد بوجوبه والامر المستفاد من الجملة الحبرية في الآية التريفة للارشاد وبه نص الكتاب المجيد والسنة العراء ^{في} قوله ^{في} - في الصيغة ولا بد فيها من ايجاب كموله رهنك أو هذا وتية عندك على كذا وما أدى معناه من الالفاظ ^{في} ظاهر المصنف هنا أنه لا بد في الايجاب والقبول من أن يكونا لفظيين وهو ظاهر (المبسوط) والفقهاء الراوندي والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والتافع والتحرير والارشاد والبصرة والدروس والائمة والروضة والمسالك والكفاية) ويستفاد من الشرائع أن القبول غير منحصر في اللفظ بل يكون العمل والاشارة ونحوهما لقوله والقبول وهو الرضا بذلك الايجاب ولعله لكونه جائزا من طرف القابل وفي (المسالك) أن طاهر الجماعة اعتبار القبول القولي انتهى وظاهر المبسوط والفقهاء الراوندي والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والتافع والارشاد والبصرة أنه لا بد فيهما أي الايجاب والقبول من اللفظ العربي الماضوي والمقاربة وتهديم الايجاب على القبول كما هو الشأن في سائر العقود اللاربية لا المتأدر من قولهم لا بد فيه من الايجاب والقبول ولعلمهم استندوا في ذلك إلى أن الأصل عدم لانتقاد وعدم ترتب أحكام الرهن الا اذا ثبت كونه رهنا بالاجماع ونحوه ولا اجماع الا مع الامور المذكورة ولا دلائل على غيرها (وفي الوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع) التصريح بأنها من

شروط الصحة ولم يتعرض في المقنة والنهاية والمراسم للصيغة أصلاً وصريح الشرائع والتجريد والكتاب والتذكرة والدروس واللمعة والمالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح انه أي عقد الرهن لا يختص بلفظ ولا بلفظ الماضي ولم يشترط في التذكرة والدروس والكفاية اللفظ العربي وفي (جامع المقاصد) لا بد من كون الإيجاب والقبول بلفظ الماضي لانه صريح في الانشاء وقال أيضا انه يشكل غير العربي لان الاطلاق محمول على العربي ولان العقود اللازمة تتوقف على العربية وتمنع صدق العقد على العقد بالمعجبة مع امكان العربية واعتبر في (التذكرة) لفظ الماضي مع أنه أجاز كما عرفت هذا وثيقة وهذا رهن وليس ماضيين فيحتمل انه احتراز عن المستقبل خاصة كما يشعر به آخر كلامه وهو قوله فلو قال أرهنتك كذا وأنا أقبل لم يستدبه أو انه أراد ما يدل على الانشاء صريحا لا الماضي المصطلح أو أراد انه اذا أتى بالفعل فلا بد من الماضي فلا يجزي الأمر ولا المستقبل وقد أجاز الإيجاب في الدروس بلفظ الأمر كخذه وامسكه وقال في (التذكرة) الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة والاستصحاب والإيجاب عليه المذكورة في المبيع آت هنا واستشكل فيه في (جامع المقاصد) بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلاف ما هنا أما الاستصحاب والإيجاب فنعى انتهى وقسم الرهن في التذكرة الى قسمين (الاول) الرهن ائداء أي من غير كونه شرطا في عقد لازم (والثاني) ما اشترط فيه مثل أن يقول بعتك هذا الشيء بشرط أن ترهنني عبدك فقول اشتريت ورهنت أو زوجتك نفسي على مهر قدره كذا بشرط أن ترهنني دارك على المهر فيقول الزوج قبلت ورهنت فالتقسيم الاول لا بد فيه من الإيجاب والقبول عند من اشترطها ولم يكتف بالمعاطاة وأما القسم الثاني فقد اختلف فيه قال بعض الشافعية لا يكفي ذلك بل لا بد ان يقول البائع بعد ذلك قبلت وكذا المرأة تقول بعد ذلك قبلت الرهن لانه لم يوجد في الرهن سوى الإيجاب وهو بمفرده غير كاف وقال الآخرون الشرط من البائع والمرأة يقوم مقام القبول ولم يرجح تبيثا وهذا قد يشعر بأنه غير جازم بالاشتراط وستسمع تردده فيما يأتي من الكتاب واختار في موضع آخر من التذكرة وولده وان المتوج فيما حكى عنه والمحقق الثاني انه لا بد من القول ولا يكفي الاشتراط عنه كما ستسمع بانه (كلامه خ) والشيخ في المبسوط كلام ستسمعه هذا كلام الاصحاب على اختلاف آرائهم وتفتيح البحث ان يقال ان هذا العقد لما كان لازما من جانب وجائزا من جانب آخر فبعضهم غلب فيه جانب الحائز مطلقا وآخرون غلبوا جانب اللزوم لان اعتبار ما اعتبروه في العقود اللازمة دون الجائزة انما هو للاقتصار فيما خالف الاصل الدال على عدم اللزوم وعدم ترتب الاحكام على المتيقن وهو جار في المقام لتصنعه اللزوم من طرف الراهن وعدم اللزوم من جانب المرتهن غير قاذح بعد كون المتأ للاعتبار هو نفس اللزوم المخالف الاصل من حيث هو من دون اعتباره من الطرفين فليتأمل في كل من الوجهين والتحقيق ان يقال ان عموم قوله سبحانه أوفوا بالعقود يقضي بالصحة والجواز في كل ما صدق عليه انه عقد رهن الا ان يدل دليل على اشتراط أمر آخر غير ذلك أو شيء زائد فيه على ذلك كما قام مثل ذلك في البيع ولعل الشهرة كافية في المقام لانها تكون قرينة على ان ذلك بدون عقد الشهرة كان مما لا يسي عقبا في زمن الصدور فائتبل وقالوا ما يؤدي معنى رهنتك وثقتك بالتضعيف وأرهنتك لانه لا يبلغ تذوذا واحد المنع وهي أوضح دلالة من كثير مما عدوه وقال في (الدروس) لو قال خذه على ما لك أو بمالك فهو رهن ولو قال امسكه حتى أعطيك مالك وأراد الرهن جاز ولو

وتكفي الإشارة مع المعجز كالكتابة وشبهها وقبول كقوله قبلت أو ما يدل على الرضا وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر (متن)

أراد الوديعه أو اشتبهه وليس برهن ~~قوله~~ ﴿وتكفي الإشارة مع المعجز كالكتابة﴾ أي كما تكفي الكتابة مع المعجز عن النطق إذا عرف ذلك من قصده والاكتفاء بالإشارة مع المعجز مصرح به في (الشرائع) وأكثر ما تأخر عنها ويعتبر فيها كونها مفهومة المقصود كما صرح به جماعة ولا ريب أن ذلك مراد من أطلق ولا يعتبر رفع إمكان غير الواقع لاحتمال اللفظ الصريح له بل الألفاظ المقصود عرفاً ولا تنحصر في عصب ولا فرق بين أن يكون المعجز لمرض أو أصلياً وإن أوهمت بعض العبارات اعتبار الثاني حيث يعبرون بالآخرس ولا تكفي الكتابة بمجرد ما لا مكان للبث أو إرادة أمراض قال في (التذكرة) ولا تكفي الكتابة والإشارة إلا مع المعجز فتكفي الإشارة الدالة عليه كذا الكتابة مع الإشارة ولا تكفي الكتابة المجردة عن الإشارة الدالة على الرضا انتهى ونحوه ما في الشرائع من عدم الاكتفاء بمجرد الكتابة إلا أن عبارة الشرائع أشمل وأولى لأن الأولى أن يقول في (التذكرة) ولا تكفي الكتابة المجردة عن الدلالة إذ قد تكون الكتابة مع أمر آخر غير الإشارة دالة على الرضا فيكتفي بذلك كما هو الشأن في الإشارة المجردة عن الكتابة مع الفهم والدلالة وفي (مجمع البرهان) ينبغي الاكتفاء بهما مع القدرة على النطق لأن النرض اللفظ لا لانت صحتها مع المعجز أيضاً لعدم اللفظ المشروط إلا مع تعذر الكتابة فالاشتراط بالمعجز غير واضح وهذا منه بناء على أصل فاسد وهو أن المدار على الرضا في نحو ذلك وقدر بيانه في باب البيع ~~قوله~~ ﴿وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر﴾ هذا ما أشرنا إليه آنفاً وقد سمعت تصوير المسئلة فيما حكياه عن التذكرة حيث فرضها فيما إذا كان الإيجاب الرهن عقيب إيقاع البيع بحيث لا يقع بينهما تراخ مع كون أحدهما مع الآخر جزءاً للمقد لا اشتراط وقوع أحدهما عقيب الآخر على الأمور عادة ووجه الطار على ما في جامع المقاصد من إصالة عدم اشتراط التأخر عن الإيجاب ومن أن صحة الرهن موقوفة على حصول الصيغة المعبرة شرعاً والأصل عدم اعتبار ما تقدم فيه القبول على الإيجاب ولأن القبول عبارة عن الرضا بالإيجاب فقبل حصول الإيجاب لا يتحقق الرضا به إذ ليس ثم شيء يرضى به فالأصل عدم الاكتفاء به وأنت خير بما يرد على الأخير بأن يقال إن النرض من القبول العلم بالرضا الباطني وهو حاصل بالاشتراط إذ معناه أنه راض بما توجهه وقابل طالب لما اشترطه عليك إذا فعلته إلا أن يقال لا يلزم من الرضا وقت الاشتراط الرضا وقت الرهن ووجهه في (الاصحاح) من أنه أي الشرط لفظ دال على الرضا ويصح تقدمه أن قلنا به أي بصحة تقديم القبول على الإيجاب ومن أن القبول متأخر عن القابل والمقبول بالذات واشتراطه موجب فيتقدم فلو أنحداً لكان الشيء الواحد متأخراً عن آخر بالذات ومتقدماً عليه بالذات فيدور ولأن القبول لا يكون موجباً للإيجاب بالضرورة ويلزمه قولنا الموجب لا يكون قبولاً بالضرورة والشرط موجب والاقوى عندي أن القبول لا يصح تقدمه على الإيجاب مطلقاً انتهى فليأمل في كلا وجهيه إذ ذلك موقوف على بيان معنى القبول وقد أوضحنا الحال في باب البيع والتمسك في (المبسوط) جور تقديم القبول في المقام قل وأما الوقت الذي يجوز أخذ الرهن به فإنه يجوز بعد لزوم الحق ويجوز أيضاً مع لزومه مثل أن يكون مع

وشرط ما هو من قضايا الرهن كقوله على ان يباع في الدين او يتقدم به على الغرماء
ولو شرط ما ينافي العقد بطل كالمع من يبيع في حقه اما لو شرط في البيع اذن فلان او بكذا
قالوجه الصحة وكذا يصح لو شرط ان ينتفع به المرتهن او ان يكون الماء المتجدد رهنا (متن)

الرهن (١) ان يقول بملك هذا الشيء بكذا على ان ترهن كذا بالثمن وقال اشتريته على هذا صح شرط
الرهن وثبت ويرهنه بعد عقد البيع ويسلمه اليه واذا ثبت جواز شرطه جاز ايجاب الرهن وقبوله فيه فيقول
بملك هذا الشيء بألف درهم وارتهنت منك هذا الشيء بالثمن وقال المشتري اشتريته منك بألف درهم
ورهنك هذا الشيء فيحصل عقد البيع وعقد الرهن انتهى وفي (المختلف) بعد قوله هذا عن الشيخ تأمل
فيه بأنه وثيقة للدين فلا يصح اقترانه معه في العقد وليعلم انه لو قدم البائع أو المشتري الارتهان على البيع
في المثال لم يصح على الظاهر كما لو قال المشتري ارتهنت واشتريت أو قال البائع رهنك وبملك وسيعرض
المصنف لهذا الفرع في الفصل الرابع في الحق ويأتي تمام الكلام هناك **قوله** **﴿** وشرط ما هو
من قضايا الرهن كقوله على ان يباع في الدين او يتقدم به على الغرماء **﴾** او كأن يشترط منافعه
للا رهن وان لا يبيعه الا باذن المرتهن او يكون في يده او يد عدل فان هذه الشروط لا يضر
التعرض لها في رهن التبرع ولا المشروط وانما يفيد تأكيداً لمقتضاه كما (في الوسيلة والتذكرة)
وتفصيل المقام ان يقال ان الرهن عقد قابل للشروط الصحيحة التي لا تنفي الى جهالة في بيع ان شرط
فيه اجماعاً كما في (التذكرة) فان شرط في الرهن شرطاً فاما ان يكون من مقتضى عقده اولا يكون
من مقتضاه وعلى الثاني اما ان يتعلق بمصلحة العقد كالأشهاد اولا يتعلق به غرض كقوله بشرط ان
لا تأكل الهريسة او يكون غير هذين وعلى الاخير فاما ان يكون مما ينتفع به المرتهن ويضر الرهن
أو بالعكس وعلى التقادير إما أن يكون الرهن رهن تبرع أو مشروطاً في عقد بيع وشبهه والذي يقتضيه
النظر جواز اشتراط كل مباح في الرهن اذا لم يناف مقتضاه ولم يكن مما لا يتعلق به أغراض العقلاء
لأنها شروط سائفة فيجب الوقوف عندها سواء كان تبرعاً أو مشروطاً في بيع وشبهه وقد يقع الاشتباه
في بعض الشروط هل هي منافية أولاً كما ستسمع عن المبسوط وغيره وقد أسبغنا الكلام في أحوال
الشروط في باب البيع في الفصل الثالث في الشروط **قوله** **﴿** ولو شرط ما ينافي العقد بطل
كالمع من يبيع في حقه **﴾** أو من تسليمه اليه بالكلية وكاشتراط عدم فكه بعد أداء الحق واشتراط أن
يرهنه عند غيره وعد في (الوسيلة) من الشروط المخالفة ما اذا شرط أن لا يبيعه الا بما يرضاه الراهن أو
فلان وعلى (المبسوط) من الشروط المخالفة لمقتضى العقد ما اذا شرط أن يبيعه بعد شهر أولاً يبيعه الا بما
يرضاه الراهن أو يرضاه رجل آخر أو يكون نمائه رهنا معه وما اشبه ذلك قال هذه كلها شروط فاسدة
لأنها مخالفة لمقتضى العقد وما كان كذلك فهو مخالف للشرع فكان فاسداً وهل يفسد الرهن الاقوى
في نفسي ان الشرط يفسد ويصح الرهن ولا يبطل البيع الذي اقترن به الرهن لعدم الدليل وقال بعد
ذلك اذا رهن نخلا على ان ما أثمرت يكون رهنا مع النخل او رهن ماشية على ان ما ينتج يكون التاج
داخلاً في الرهن فالشرط باطل وقيل انه يصح ويدخل في الرهن وهو الاقوى انتهى وهذا رجوع

(١) كذا وجدناه في نسختين صحيحتين والمراد ظاهر (منه قدس سره)

ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن اللزوم فرهن فله الرجوع ويصح الرهن سفرا وحضرا (متن)

منه عن بعض ما ذكره ويأتي عند قوله والاقرب عدم دخول المتجدد الا مع الشرط تقل الاجاعات والاقوال وقال في (الخلاف) اذا شرط في حال عقد الرهن شروطا فاسدة كانت الشروط فاسدة ولم يبطل الرهن ولا البيع وفي (المختلف) انها يبطلان ايضا وتستسمع الحال والمصنف هنا قد صحح ما لو شرط في البيع اذن فلان او يبعه بكذا او ان ينتفع به الراهن او يكون النماء المتجدد رهنا وصحح في المختلف والتذكرة ايضا ما اذا شرط ان لا يبيعه الا بعد شهر او لا يسلمه اياه الا بعد شهر مثلا بل صحح في التذكرة اشتراط كون منافع الرهن للمرتهن اذا لم يمكن الدين قرضا مشروطا بذلك وقال في (الوسيلة) اذا شرط النماء لنفسه فان كان ذلك في دين في الذمة صح الرهن وبطل الشرط وان كان في قرض مستأنف بطل القرض والرهن والشرط وان كان في بيع فان كان النماء مجهولا لم يصح والا صح ونحوه ما في جامع الترائع ومنع في الدروس من اشتراط توقف البيع على رضى الراهن او اجنبي وقوى في (الايضاح) الجواز في اشتراط اذن الغير والبطلان في اشتراط يبعه بكذا وما لمحقق الثاني الى البطلان فيهما لان فلانا قد لا يأذن والتمن المين قد لا يسلمه الرهن فيتعذر اخذ الدين من قيمته فينتفي مقصوده فيكون الشرط منافيا وقد حكم في (التذكرة والمختلف) انه اذا بطل الشرط بطل المسروط لان الرضا بالعقدانما وقع على ذلك الشرط فاذا لم يصح لم يصح العقد وهو كذلك بالنسبة الى عقد الرهن لان القرض انه مخالف لمقتضاه واما اذا كان هذا الرهن الخامس لقصد شرطه مشروطا في بيع مثلا فهل يفسد البيع اولا الظاهر التفصيل فالفساد فيما اذا جر الشرط جهالة الثمن كما اذا شرط في البيع رهنا وشرط ان يبقى عنده وتكون منافعة وزوائده للمرتهن فالبيع باطل لان المشروط استحقاقه حينئذ يصير جزءا من الثمن وهو مجهول ويصح البيع فيما عدا ذلك ويكون للبايع الخيار لانه لم يسلم له الرهن ولا شرطه لفساده بفساده كما هو العرض لي تقول له الخيار وان قلنا بصحة الرهن مع فساد شرطه كما سمعته عن المبسوط لانه لم يسلم له الشرط المذكور فيصح ان تقول له الخيار صح الرهن او فسد لانه ان صح الرهن لا يسلم له الشرط وان لم يصح لم يسلم له اصل الرهن **﴿ قوله ﴾** ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن اللزوم فرهن فله الرجوع **﴿ وفي بعض النسخ ﴾** فلا رجوع والمراد انه شرط عليه في البيع الخامس رها على دين آخر ووجه الاولى انه انما قصد الرهن بشرط اللزوم فهو وان كانت منجزا في الصورة فهو في المعنى معلق فكان كما لو باع مال اياه بظن الحيوة وانه فضولي فان ميتاوان المبيع ملكه فان فيه وجوها ثلثة الصحة والوقوف على اجازته بعد ذلك والبطلان ووجه الثاني انه عقد صدر من اهله مع القصد الى الرهن غاية الامر انه اوقعه على اعتقاد وجوبه عليه فكان كما لو أبرئت ذمت الزوج بظن صحة الطلاق او وهب واهبه بظن صحة الهبة الاولى وقد قارن الثانية ما يقتضي اللزوم وامثال ذلك ولو ظن صحة البيع الخامس ولم يكن قد شرط عليه فيه الرهن على دين آخر فرهنه تبرعا باعتقاد صحة البيع وانه لولاه لم يبرهنه غاية الامر انه لم يكن مشروطا عليه فلا رجوع له وهذا مما يرشد الى عدم الرجوع فيما نحن فيه **﴿ قوله ﴾** ويصح الرهن سفرا وحضرا **﴿ أجماعا ﴾** كافي (الخلاف وكنز العرفان) وظاهر غيرها قال في (الخلاف) وبه قال جميع الفقهاء الا مجاهدا فقال لا يجوز

وهو عقد لازم من جهة الراهن خاصة قال ادى او ابرأ او اسقط المرتهن حقه من الرهن كان له اخذه ولا يجب على المرتهن دفعه مع خروجه عن الرهانة الا بعد المطالبة به ويبقى امانة في يده (متن)

الا في السفر وحكى ذلك عن داود وحكا في كنز العرفان عن الضحاك أيضاً ولا يشترط عدم الكاتب اجماعاً كما في (التحرير) والتقيد في الاية بالسفر وعدم وجدان الكاتب خرج مخرج الاغلب **قوله** (وهو عقد لازم من جهة الراهن خاصة) وجائز من طرف المرتهن اجماعاً كما في (التذكرة وجمع البرهان) وظاهر القنية ولم اجد فيه خلافاً من احد وقد يتوهم من الشيخ في (المبسوط والخلاف) وليس كذلك قال عقد الرهن ليس بلازم ولا يجبر الراهن على تسليم الرهن فان سلم باختياره لزم التسليم والاولى ان تقول يجب بالايجاب والقبول ويجبر على تسليمه وقال في مقام آخر واذا قبض المرتهن باذن الراهن صار الرهن لازماً اجماعاً وانما الخلاف قبل القبض ثم صرح بأنه لازم من جهة الراهن دون المرتهن وحكم ايضاً في عدة مواضع ان القبض واجب على الراهن في مسألة ما اذا مات المرتهن قبل قبض الرهن ومسئلة ما اذا اذن للمرتهن في قبض الرهن ثم رجع عن الاذن ومسئلة ما اذا اذن له ثم جن الراهن او اغني عليه وقال لو خرس الراهن فان كان لا يحسن الاشارة ولا الكتابة لم يجز للمرتهن قبضه لانه يحتاج الى رضاه ولا طريق له الى ذلك فلاحكام الاول تدل على لزوم الرهن بمجرد العقد وان القبض واجب على الراهن وقوله في مسألة الآخر ينافي ذلك كما سيأتي بيان ذلك في الفصل الخامس ولو لم يكن لازماً من طرف الراهن لانتفت فائدته وانما جاز من قبل المرتهن لانه يسقط حق نفسه ولا كذلك الراهن قالوا وليس له نظير في العقود الا الكتابة المتروكة عند الشيخ فانها عنده ايضاً حادثة من قبل العمد خاصة ويناسبه عقد الفضولي من احد الجانبين وكان القرض نظيره اذا قلنا انه لازم من طرف المقرض جائز من طرف المقرض اذا قلنا بان له ان يرد العين في القيمي ويجب على المقرض القبول كما هو مذهب جماعة **قوله** (فان ادى او ابرأ او اسقط المرتهن حقه من الرهن كان له اخذه من المرتهن) من لوازم اللزوم علم جواز الانتزاع الا بان يودي الراهن الدين أو يبرأه المرتهن او يسقط هو أي المرتهن حقه من الرهن فانه حينئذ يجوز له الانتزاع وفي حكم تأدية الراهن ما اذا تبرع عنه متبرع بذلك او اذا ذمته ضامن مع قبول المرتهن او حوله هو به وفي حكم ابرأ المرتهن الاقالة المسقط للثمن المرهون به او الثمن المسلم فيه المرهون به ومعنى اسقاط المرتهن حقه من الرهن فسخه لعقد الرهانة لجوازه من قبله ويبقى الكلام فيما لو اقبضه البعض او ابرأه هو منه فهل يكون حكمه حكم ما لو قبض الجميع او ابرأ منه فيبطل الرهن بسقوط جزء مامن الدين وان قل كما هو مختار المصنف فيما يأتي من الكتاب او يبقى الرهن بأجمعه ما بقي من الدين جزء كما هو خيرة المبسوط مدعي انه اجماع كما ستسمع انشاء الله تعالى **قوله** (ولا يجب على المرتهن دفعه الا بعد المطالبة به ويبقى امانة في يده) كما هو الشأن في كل حق كان ثبوته في اليد باذن شرعي كالمتأجر وحينئذ يبقى امانة مالكية لاشريعة لانه مقبوض باذن المالك وقد كان وثيقة وamana فاذا سقطت الوثيقة بقيت الامانة فيصير بمنزلة الوديعة لا بمنزلة ما اذا اطارت الريح ثوبا الى دار انسان حيث يلزمه رده على مالكه ابتداء او اعلامه به وهذا ونحوه

(الثاني) المحل وشروطه اربعة ان يكون عينا مملوكة يصح قبضه للمرتهن ويمكن يديه فلا يصح رهن المنافع ورهن المدير ابطال للتدبير على رأي (متن)

هو المبر عنه بالامانة الشرعية حيث أن الشارع جعله امينا عليه دون المالك لان المالك لم يرض بكونه في يده ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث ذهب الى انه اذا قضاها يكون مضمونا واذا ابرأه ثم تلف الرهن في يده لا يضمنه استحسانا وهو تحكم بل ينبغي العكس فانه مع القضا يكون المالك عالما بانفسك ماله فاذا لم يطالب به فقد رضي ببقائه امانة واما الابراء فقد لا يعلم به الراهن قال في (التذكرة) وينبغي ان يكون المرتهن اذا ابرأ الراهن من الدين ولم يعلم الراهن أن يعل به بالبراء او يرد الرهن عليه لانه لم يتركه عنده الا على سبيل الوثيقة بخلاف ما اذا علم به لان قد رضي بتركه في يده  قوله  (الثاني) المحل وشروطه اربعة ان يكون عينا مملوكة يصح قبضه للمرتهن ويمكن يديه كما صرح بذلك كله في (الشرائع والمنافع) والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة (وصرح في (الغنية والسرائر وجامع الشرائع وكنز العرفان) وغيرها باشتراط كونه عينا يمكن يديه وقد يلوح من الاولين الاجماع على الامرين حيث حكى الخلاف فيهما في القبض ولم يحكياه فيها واستوسع عند التفريعات الاجماعيات والنزاعات والشهادات وللرأى يكون الرهن مملوكا ما هو اعم من ملك الاصل والمنفعة كالمستعار وهذه الشروط ليست على وتيرة واحدة فمنها ما هو شرط الصحة وهو ما عدى المملوكة فانها شرط اللزوم باعتبار رهن ملك الغير ولا يضر لانها شروط في الجملة ولان المملوكة المطلقة من شروط الصحة وصدوره عن المالك او اجازته من اسباب اللزوم فصح التفريع على الامرين  قوله  (فلا يصح رهن المنافع) اجماعا كما في (المسالك) وقد يظهر من جملة لكتنه في (المختلف) صرح بوجود الخلاف ولم يسمه ولم نجده لاحد من الخاصة والعامة في التذكرة والخلاف ولعله اشار الى ما ذهب اليه جماعة من صحة رهن خدمة المدير كما ستسمع لان الدين أن كان مؤجلا فالمنافع تلف الى حلول الاجل فلا تحصل فائدة الرهن وان كان حالا فيقدر ما يتأخر قضاء الدين يتلف جزء من المرهون فلا يحصل الاستيناق ولان المنافع لا يصح اقباضها الا بانافها فكان عدم الصحة متجها على القول باشتراط الاقباض وبدونه وتأمل فيه الشهيد الثاني في حاشيته على الروضة بان استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط بل منه او من بدله ولو يبيعه قبل الاستيفاء كما لو رهن ما يتسارع اليه الفساد قبله والمنفعة يمكن جواز ذلك فيها بان يؤجر العين ويجعل الاجرة رهنا وقريب منه القبض لامكانه بتسليم العين ليس ترفي منها المنفعة ويكون عوضها رهنا ثم قال الا أن يقال أن ذلك خروج عن المتنازع اذ لا كلام في جواز رهن الاجرة انما الكلام في المنفعة نفسها والفرق بينها وبين ما يتسارع اليه الفساد امكان رهنها رانما عارض (قلت) الفرق بينهما ان الاذن في البيع معلوم بقرينة ظاهرة وهو قصد كل منهما حفظ ماله الا أن تقول أن ذلك جار فيما نحن فيه فلنأمل وقوله والمائع عارض لا وجه له لان المقضي للفساد فيما يتسارع اليه الفساد موجود وقت الرهن ولا كذلك الحال في الخطة اذا تعفت فانه يجب بيعها وجعل الثمن رهنا قطعا كما في الايضاح كما ستسمع وقال في (التذكرة) وانما جعل تسليم العين قبضا في الاجارة لمكان الحاجة الى المنافع ولا حاجة الى رهن المنافع وان قبض العين ليس قبضا تاما في الاجارة  قوله  (ورهن المدير ابطال لتدبيره على رأي) موافق (للشرائع والتذكرة والارساد)

وشرح مولاه والتحرير والمختلف والتلخيص واللمعة وحواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد وفي (المسالك) نسبه الى الاكثر وهي في محل النظر الا أن يراد اكثر المتأخرين نعم في (المبسوط والسرائر) اذا دبر عبده ثم رهنه بطل التديرو لان التديرو صبة ورهنه رجوع فيها وان قلنا ان الرهن صحيح والتديرو بحاله كان قويا لانه لا دليل على بطلانه فلي هذا اذا حل الأجل في الدين وقضاه المدين من غير الرهن كان جائز وان باعه كان له ذلك وفي (الخلاف) اذا دبر عبده ثم رهنه بطل التديرو وصح الرهن ان قصد بذلك فسخ التديرو وان لم يقصد بذلك الفسخ لم يصح الرهن واستدل بعدم الخلاف والاجماع على ان التديرو بمنزلة الوصية قال والوصية له الرجوع فيها فكذا التديرو وقال فأما اذا لم يقصد الرجوع فلا دلالة على بطلانه الى ان قال وان قلنا ان الرهن صحيح والتديرو بحاله كان قويا انتهى لكنه في (الدروس) قد نسب الى اكثر القدماء انه لا ينقض تديره لو باعه أو وهبه ولا ينقض تديره وهو كذلك فمن الحسن أنه قال يبيع خدمته أو يشترط عتقه على المشتري فيكون الولاء له وعن ابي علي انه يبيع خدمته مدة الحياة وقال الصدوق في (المقنع) انه لا يصح بيعه الا ان يشترط على المشتري اعتاقه عند موته وقال المفيد في (المقنعة) اذا باع ومات تمحرر فلا سبيل للمشتري عليه وقال الشيخ في (النهاية) انه لا يجوز بيعه قبل تقض تديره الا ان يعلم المشتري ان البيع للخدمة قال في (الدروس) وتبعه على ذلك جماعة قلت منهم صاحب الجامع وقد يفهم ذلك من الوسيلة وحكي في الدروس عن الحلين الا الشيخ يحكي انهم على بطلان التديرو بمجرد البيع وعن ابن ادريس انه حمل بيع الخدمة على الصلح مدة حياته وعن الفاضل انه حمل بيعها على الاجارة مدة فدية قال وقطع الحق بطلان بيع الخدمة لانها منفعة مجهولة والروايات مصرحة بها وان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته وعورضت برواية محمد بن مسلم هو مملوكه ان شاء باعه وان شاء أعقه وأجيب بحمل البيع على الرجوع قبله توفيقا والجهالة في الخدمة غير قاذرة لحواز اسئشاء هذا من التواءم المرعة على أن المقصود من البيع في جميع الاعيان هو الانتفاع ولا تقدير لأمدته فالعمل على التهور وتخرجه على تناول البيع الرقبة ويكون كشرط العتق باطل بتصریح الخبر والفتوى بتناول البيع الخدمة دون الرقبة انتهى وهذا وان كان في البيع والهبة الا انها اذا كانا لا يبطلانه أي التديرو قاله بالاولى ان لا يبطله واستوجه المصنف في تديرو التحرير عدم بطلانه بالرهن وكأنه مال البه في الروضة واعلم متوقف به في المسالك وفي (معجم البرهان) الظاهر الصحة في الرهن وعدم ابطاله التديرو لمعوم ادلة الرهن وجواز التصرف في المدبر ولكن لما لم يكن بينه وبين الرهن منافاة فالظاهر بقائه موقوفا فان بيع في الدين بطل تديره وان لم يبيع بقي مدبرا وتؤيده انه لو كان بينهما منافاة لزم عدم صحة الرهن لوجود التديرو قبله وعلى تقدير بطلان التديرو بالرهن انما يبطل بعد تمام الرهن وصحته وهو غير معلوم الصحة هنا لورود العقد على المدبر الذي لا يجتمع رهنه مع تديره ولاجل هذا قيل بعدم صحته بيعه الا بعد ابطال التديرو على ان البطلان بعد تمام الرهن لا ينفع لوقوع الصيغة على المدبر الا ان يقال يبطل قبل الصيغة انما كان في العبد المأمور بعتقه ولكن انما قيل بذلك هنا للضرورة وهي مقبوضة هنا لعدم النص والاجماع وسياقي في رهن البائع ماله خيار فيه ان الفسخ يحصل بالقصد المقارن وقد ذهب جماعة في باب القصاص الى ان العبد المدبر اذا قتل عمدا واختار أولياء المقتول استرقاقه انه لا يبطل تديره والذاهب الى ذلك المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية والتهذيب والمصنف والفاضل الهندي وحكي عن الكاتب والصدوق

فلو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأي (متن)

ولهم على ذلك أخبار لكن الأكثر على بطلان تديره (وحجة) القائل بالبطلان ان التدير من الصيغ الجائزة كالوصية فاذا تعبه الرهن أبطله كما لو تعبه غيره من العقود كالبيع والهبة لكون ذلك رجوعا عنه لان الغرض من العقود الملكية ملك من انتقل اليه ولا يتم الا بالرجوع والغرض من الرهن استيفاء الدين من قيمته فهو مناف للتدير وبني في (جامع المقاصد) القولين على ان التدير هل هو عتق بصفة أو وصية بالعتق فلي الاول لا يطل وعلى الثاني يطل وهذا غير مستقيم على مذهبنا لاجتماعنا كما في (الخلاف والمسالك) وظاهر السرائر على جواز الرجوع بالتدير فيكون وصية وانما بني هذا البناء أصحاب السانفي وتقل في (الكفاية) في المسئلة اقوالا ثلثة القول بصحة الرهن وان رهن رقبته ابطال لتديره والقول بعدم الصحة والقول بان التدير مراعى فيه فيستقر او يأخذ في الدين فيطل انتهى والقول بعدم الصحة لم نعرفه ولا نقله احد الا ما سمعته في عبارة الخلاف على بعض الوجوه وهو ما اذا لم يقصد الفسخ وصاحب الكفاية اطلق وتعبيره عن القول الثاني أعني صحة الرهن والتدير بان التدير مراعى الى آخره غير جيد فانه تميز باللازم هذا وفي (النهاية والمنفعة والمبسوط) انه اذا دير الراهن المملوك كان باطلا قال في (المبسوط) لانه ليس له التصرف فيه وفي (المختلف) انه لا يطل ولعل غرض المصنف من ذكر هذه المسئلة هنا انما هو باعتبار ما بعدها **قوله** ﴿ فلو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأي ﴾ موافق (للشرائع والتذكرة) والمختلف وغاية المرام والمسالك وجمع البرهان) ونسبه في (الايضاح) الى من عدى الشيخ في النهاية قال ذهب الشيخ في النهاية الى انصراف البيع والرهن الى منافعه فلي هذا لو شرط رهن الخدمة صح عند الشيخ رحمه الله ولم يصح عند الباقيين انتهى (قلت) كلامه منظور فيه لان الشيخ في النهاية لم يتعرض لرهن المدير لاني الرهن ولا في التدير وانما تعرض ليعه كما سمعت وقد عرفت ان جماعة واقوه على ذلك وان الشهيد نسبه في تدير الدروس الى المشهور قارة والى الأكثر أخرى ثم قال ان الخبر والفتوى صريحان في تناول المبيع للذمة وقد ذكرنا ضابطة وهي ان ما صح بيعه جاز رهنه ذكرها الشيخ والمصنف في (الخلاف والمبسوط والتذكرة) والشهيد في قواعد فكل هو لا - موافقين للشيخ في (النهاية) في صحة رهن الخدمة ولهذا قال الشهيد في (الدروس) في المقام ان خدمة المدير يصح رهنها وفاقا لجماعة وقد سلف انتهى وأشار الى أكثر المتقدم بقوله جماعة كما عرفت وبعض متأخري المتأخرين أنكر القاعدة والرواية الدالة على جواز بيع خدمة العبد ولم نجد من طعن في القاعدة صريحا غير المولى الاردبيلي قال ليس كل ما يجوز بيعه يجوز رهنه نعم العكس صادق وستسمع في رهن الطير في الهواء تصر بهم بصدق الاصل وعدم صدق العكس عكس ما قال لكن سيأتى في رهن أم الولد والمرتد ما قد يناق في ذلك وعساك تقول من لم يصحح رهن الخدمة قائل بعدم صحة القاعدة (قلت) لا ملازمة قطعا اذ لعله لم يظفر بالرواية اولا يقول بصحة بيع المنافع مطلقا وان وردت به رواية لمنافاتها القواعد المرعية وستعرف ان عباراتهم طافحة بهذه القاعدة في رهن الدين وغيره في مواضع ستسمعها ان شاء الله تعالى وأما الرواية فقد اعترف بها المحقق في الشرائع والمصنف في المختلف وغيرها وقد سمعت ان الشهيد قال والروايات مصرحة بها فكان هناك روايات وليس ما يحكونه الا كما يروونه

ولا رهن الدين (متن)

وقد روي في (الهداية) عن الصادق عليه السلام انه مثل عن رجل أعتق جاريته عن دبر ابطأها ان شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها مدة حيوته قال أي ذلك شاء فل فلا تصنع الى ما في الحدائق من احتمال كونها من روايات العامة حيث لم يقف عليها بعد التبع وخص المصنف منافع المدير بالذكر لمكان الرواية والخلاف والا فهي من جزئيات رهن المنافع وقد تقدم عدم جواز رهنها ووسط قوله ورهن المدير الى آخره تميدا لذلك ونحو ذلك ما في الشرائع فيكون قوله فلو شرط متفرعا على قوله ولا يصح رهن المنافع ~~قوله~~ ﴿ ولا رهن الدين ﴾ كما في (الغنية والسرائر والشرائع والارشاد والدروس وجامع المقاصد) وكذلك النافع والتحرير والتبصرة وفي (الكفاية) انه المشهور اما لعدم جواز بيعه ان قلنا به أو لاشتراط القبض وعدم امكانه فيه لانه امر كلي لا وجود له في الخارج يمكن قبضه وما يقبض بتعيين المديون ليس نفسه وان وجد في ضمنه واحتمال جوازه على هذا القول أعني اشتراط القبض والا كفاء في القبض بما يعينه المديون بناء على صدق قبض الدين عليه عرفا كية ما في الذمة فرع وجود عموم في الادلة يتناول ذلك اذ المتبادر من الادلة قبض المرهون نفسه لاما هو فرد من افراده وصدق القبض عرفا لا يستلزم القبض المتبادر من الادلة فلم يتم ما احتمله في الدروس والروضة من الصحة كية ما في الذم وانه يجتزي قبض ما يعينه المديون وقد قال بها في (المسالك) ومال اليها في جمع البرهان تمسكا بالاطلاق والتفاتا الى ما ذكر وان كان القبض شرطا وقد عرفت الحال في هذا الاطلاق وستعرف أيضا ان هذا القول على اطلاقه محل نظر بل قد قول بعدم صحة رهن الدين وان قلنا بعدم اشتراط القبض كما هو خيرة الكتاب لا لأنه لا يصح بيعه كما قيل بل لعدم المناقاة بين عدم اشتراطه أي القبض واعتبار كونه مما يقبض مثله مضافا الى الوقوف على ظواهر الاصول وعدم الاكتفاء في الخروج عنها بمجرد الاطلاقات المتبادر منها غير ما نحن فيه وأما عمومات الوفاء بالعقود فتصرف الى ما يتبادر من اطلاقات نصوص الرهن لانا اذا لحظناها ولحظنا ماورد في بعضها مما هو كالتعليل لشرعية الرهن بأنه للوثوق الغير الحاصل في اغلب افراد ما نحن فيه حصل لنا الظن المعتد به بأن عقد الرهن لا يصح الا فيما يمكن قبضه وان لم نشترط قبضه فمضمون العقد الذي يجب الوفاء به هو الصحيح الشرعي والذي يكون المرهون فيه بنفسه مما يمكن قبضه كما سيأتي في بطاثره من عدم لزوم الوفاء فيما لا يمكن قبضه وبيعه كلخر وشبهه فليتأمل ومن هنا يندفع تعجب الشهيد من المصنف في الكتاب حيث قال بعدم اشتراط القبض وعدم صحة رهن الدين نعم لو كان قد صرح في الكتاب بالبناء المذكور في التذكرة لم يتجه الاعتذار عنه بما ذكرناه لكنه لا يعلم ان رأيه في الكتاب مبني على ما قاله في التذكرة قال فيها لا يصح رهن الدين ان شرطنا في الرهن القبض لانه لا يمكن قبضه انتهى وقد يستدل على عدم جواز رهن الدين بأن أخذ الرهن ليس الا من جهة عدم الوثوق باستيفاء ما في الذمة فكيف يستوثق باستيفائه بمثله وفيه مع اختلاف الناس في القضاء والمديون انه لا يجري لو كان الدين المرهون على المرتهن نفسه فان الاستيثاق حاصل كالقبض بناء على ان ما في الذمة مقبوض فلو وجد القائل بالفصل وقلنا ان ما في الذمة مقبوض وقلنا بتناول الاطلاقات الدالة على اشتراط القبض لهذا الفرد لكان القول بمجيد اجدا ومن هنا مضافا الى سابقه يظهر ان الاستناد الى الاطلاقات في الجواز على الاطلاق أي حتى لو كان الدين المرهون على غير المرتهن

ولا مالا يملك فيقف على الاجازة ولو ضمه مع المملوك مضى فيه ووقف الآخر على اجازة المالك ولا رهن مالا يصح تملكه كالحشرات او لا مالا يملكه المسلم ان كان احدهما مسلماً كالحجر وان كان المرتهن ذمياً او الراهن عبد المسلم وان وضعها على يد ذي رأي (متن)

مع اشتراط القبض في محل التأمل ﴿ قوله ﴾ ولا مالا يملك فيقف على الاجازة ولو ضمه مع المملوك مضى فيه ووقف الآخر على اجازة المالك ﴿ كما في ﴾ (الترايع والنافع والتذكرة والارشاد والتحرير والتبصرة والدروس واللمعة) وغيرها اذ المعروف المشهور بين الاصحاب جريان العقد الفضولي في سائر العقود وقد عرفت المخالف في ذلك في باب البيع والشيخان في (المنفعة والنهاية) نصا في المقام على بطلان الرهن فيما لا يملك ولذلك نسب الحكم هنا في الكفاية الى المشهور وقال في (الروضة) انه يصح على اشهر الاقوال وقال في (مجمع البرهان) قد مر في باب البيع التأمل في دليله ويزيد هنا عدم الدليل على جواز الفضولي في الرهن الا القياس على البيع والشراء أو عدم القائل بالفرق ان صح (وفيه) انه ليس من القياس في شيء اذ ليس المراد بالعقد في الكتاب والسنة العقود الصادرة عن مباشرة المالك والا لم يدخل عقد ولي ولا وكيل بل المراد التي يرضونها هم أو أوليائهم ويستوي فيها الرضا السابق بالتوكيل أو المقارن أو المتعقب بالاجازة وبه يظهر معنى قوله تعالى (إلا أن تكون بمجارة عن تراض) وليس معنى التجارة مجرد المقد (والحاصل) أنا ندعي استقامة السيرة على العقود الفضولية وفيما دل على صحة كساح الفضولي من اجماع وأخبار ابن شاهد على نبوتها في باقي العقود وكذلك الاخبار الواردة في اقراض الوصي غير المولى مال الصبي لينحربه وأخبار الحسن من تحليل المناكح والمساكن الى غير ذلك من اجازة صاحب المال المجهول مالكة الذي تصدق به عنه واللقطة الى غير ذلك مما مر بيانه في باب البيع وقد يستشكل في الصحة مع الضمنية اذا جهل المرتهن بالحال ولم يحز المالك على القول باشتراط تعيين المرهون وعدم صحة ما فيه جهاله وكذلك على القول بعدم الاشتراط والاكتفاء بالتمييز في الجملة لعدم التمييز في المسئلة وهو اشكال واه فاسد كما تقدم بيانه في باب البيع ولا فرق في ذلك بين ما اذا كان الرهن واحداً مشاعاً بينهما أو كان قد رهن ملكين حصة أحدهما له والآخر لصاحبه ﴿ قوله ﴾ ولا رهن مالا يصح تملكه كالحشرات ﴿ ومالا منفعة فيه كفضلات الانسان وأشباهاها مما لا يملك كالأجماع المحكي في (المبسوط) على عدم صحة بيع ذلك كما أوضحناه في باب المكاسب وبينا المراد من الحشرات وكذلك الحر لا يصح رهنه اجماعاً عند مسلم وكافر من مسلم وكافر اذ لا شبهة في عدم ملكه ﴿ قوله ﴾ ولا مالا يملكه المسلم ان كان أحدهما مسلماً كالحجر ﴿ والخنزير اذ لا خلاف في عدم صحة رهنهما اذا كان الراهن مسلماً وكذا اذا كان المرتهن كذلك ولم يضعهما عند ذمي كما ستعرف ﴿ قوله ﴾ وان كان المرتهن ذمياً أو الراهن عند المسلم (أو الرهن عبداً لمسلم خل) أو الرهن عبد المسلم (خل) وان وضعها على يد ذي رأي ﴿ أشار الى ما قاله الشيخ في (المبسوط والخلاف) قال اذا استقرض ذمي من مسلم مالا ورهن بذلك خيراً يكون على يد ذمي آخر يبيعها عند محل الحق فباعها وأتى بشئها جازله أخذه ولا يجبر عليه وزاد في (الخلاف) أن له ان يطالب بما لا يكون ثمن محرم هذا كلامه في الكتاين ولم يحتاج بتي مما ذكره له من أن حق الوفاء الى الذمي فيصح كما لو باعه وأوفاه ثمنه لكنه مستنبط من كلامه والفرق واضح لان الرهن يؤول الى

ولا الارض المفتوحة عنوة ويصح رهن الأبنية والاشجار فيها ولا رهن الطير في الهواء
ولا السمك في الماء (متن)

بيع الحاكم بخلاف المبيع فانه يبيعه التمي وتلك أطبق من تأخر عنه ممن تعرض للفرع المذكور على
خلافه كابن ادريس على ما حكاه عنه في تخلص التلخيص والمحقق والمصنف في كتبه وولده والشهيدان
والمحقق الثاني والصميري والمقدس الاردبيلي وغيرهم واستعرف الخالي في رهن العبد المسلم أو المصنف
عند كافر على يد مسلم وقد عطف المصنف بان الوصية لثنيته على اندراج هذه المسائل التي هي في
محل الخلاف في اطلاق قوله ولا مالا يملكه المسلم ان كان أحدهما مسلماً فان كونه المرتهن ذمياً قد
يتحيل بسببه صحة الرهن لان مقصوده عائد عليه وليس كذلك لان الرهن انما يصح اذا كان للراهن
سلطنة ملك على الرهن أو مافي حكمه كالاستعار وكذلك لو كان الراهن عبداً لمسلم وهو ذمي فان يده
يد مولاه وكذا لو وضع المسلم الحر على يد ذمي لان الذمي حينئذ وكيل المسلم فيده يده وفي بعض
النسخ أو الرهن عند المسلم يحذف ألف الراهن وقراءة عند بالنون لكن هذه العبارة حينئذ قبح اذ
ليس هذا فرداً خفياً فان جعل الحر مرهونة عند المسلم ليس أخفى ليعطف على المعطوف بان ولو
ضم اليه وضعا على يد ذمي لوجب اسقاط ان الاخرى ولو أنه قال وان كان المرتهن ذمياً والرهن عند
المسلم على يد ذمي الى آخره لكان أولى كذا قال في (جامع المقاصد) ونحوه ما حكى عن ابن المتوج
والمناسب في مقابلة كلام الشيخ أن يقرأ الراهن عند المسلم باثبات ألف الراهن ونون عند لكن يرد
عليه ما ذكر أخيراً وهو سهل وقد يرشد اليه قوله على رأي وقد يكون عائداً الى الجميع **قوله**
ولا الارض المفتوحة عنوة كما في (المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد
والتذكرة والدروس) وغيرها مع التعبير في أكثر هذه بأرض الحراج ولعله ليشمل الارض التي
صولح أهلها على ان تكون ملكاً للمسلمين وضرب عليهم الحراج وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب
البيع بما لا مزيد عليه وهذا يصح تقريره على الثاني لعدمه واحتمال كونه من باب بيع ما يملك وما لا
يملك مردود بانتفاء العلم والقدرة مع عدم امكان الاجازة وتقريره على الرابع لعدمها أي إمام
والقدرة **قوله** **ويصح رهن الأبنية والاشجار فيها** كما في (الشرائع والتحرير والتذكرة
والدروس وجامع المقاصد ونجم البرهان) مع التقييد في الاربعة الاخيرة بما اذا لم يكن البناء معمولاً من
ترابها واليه أشار في (المبسوط) في أرض الوقف وقد يقال بالجواز في ذلك كما هو ظاهر اطلاقنا
عملاً بما استمرت عليه السيرة من بيع الارياق والمجالات والحبوب والسبح الحسنية على منة ما
السلام وغير ذلك مما يعمل من ترابها فتأمل وظاهر العبارة وما كان نحوها كصريح التذكرة
والتحرير أن الارض لا يصح رهنها معها فان فعل جاء حكم تبعض الصفقة مع انه في بيع التذكرة
والكتاب حوز بيعها معها ولا أجد فرقا الا ان الآتار قد نزول قبل حلول أجل الدين فلا يصح بيع
الارض فتأمل او ان الاخبار هناك دلت بظاهرها على حواز بيعها مطلقاً فنزلت على ما اذا تصرف فيها
بهما ولم يرد هناك شيء من الاخبار لكن ذلك لا يصلح للفرق لان ما جاز بيعه جاز رهنه وقد بينا في
باب البيع أنه يجوز بيعها بالتبع واستوفينا الكلام في ذلك الباب بما لم يوجد في كتاب وفي (الدروس)
لو قلنا بملكها تبعاً لها جاز رهنها وهو خيرة المسالك **قوله** **ولا رهن الطير في الهواء**

ولا العبد المسلم أو المصحف عند الكافر فإن وضعهما (وضعا خ ل) على يد مسلم فالأقرب الجواز وكذا يجوز رهن الحسناء عند الفاسق لكنه يكره ولا رهن الوقف (متن)

ولا السمك في الماء ﴿ كما ﴾ (في الشرائع والارشاد) وفي حواشي الكتاب اذا جرت عادة الطير بالرجوع الى البرج يصح رهنه وكذا السمك في الماء اذا كان مملوكا محصورا وقبضه ممكن ونحوه ما في جامع المقاصد والمسالك وتام الكلام في باب البيع ولعل هذا منهم مني على اشتراط القبض ولولم يشترط القبض امكن القول بالصحة مطلقا لعدم المانع وتوهم تغذرا استيفاء الحق من ثمنه لعدم صحة بيعه يندفع بإمكان الصلح عليه وكلية ما صح بيعه صح رهنه ليست منعك كليا عكسا لغويا وقد تقدم مشله في الدين فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا العبد المسلم أو المصحف عند الكافر وإن وضعهما على يد مسلم فالأقرب الجواز ﴾ وفي (المبسوط والشرائع) انه اولى ونحو ذلك ما في الارشاد وشرحه لولده والايضاح والدروس واللمعة وحواشي الكتاب وغاية المرام والروضة واستحسنه في المسالك واستظهره في مجمع البرهان وقال فخر الاسلام في (شرح الارشاد) والشهد في حواشي الكتاب الا أن يكون المرتهن وكلا في البيع فانه لا يصح ولم يرجح في التحرير وحكى المنع من ذلك في المختلف عن بعض علمائنا وقال انه اولى وهو ظاهر ابن الجنيدي حيث قال فيما حكى عنه ولا اختاران برهن الكافر مصحفا ولا ما يجب على المسلم تعظيمه ولا صغيرا من الاطفال ومنع في (التذكرة) من رهنهما عند الكافر وقضيته الاطلاق قرينة ما ذكره من طريق الشافعي فيكون مخالفا للكتاب وقد استوفينا الكلام في باب البيع (حجة القول بالجواز) ان مقتضى موجود المانع موقوف اذ لا مانع الا الكفر وهو انما يمنع اذا اسلمت تبوت سبيل له لكنه لا يستلزم ذلك اذ الرهن ليس بتسليك ولا يستلزم استحقاق تملك وما يستلزم منه المالك عن التصرف وذلك لا يستلزم سبيلا للغير لانه ممنوع ايضا ويستلزم ايفاء دينه من ثمنه ولا ريب انه يجوز ايفاء دين الكافر من ثمن المصحف والعبد ويستلزم ان يباع في دينه والائع هو الوكيل والحاكم وعلى كلا التقديرين هو ليس بسبيل كالومات ولم يخلف غيرها او ححر عليه لدين الكافر ليس له سواهما وقد اتشكل الفرق على صاحب الحدائق وشيخنا صاحب الرياض بين ما نحن فيه وبين ما اذا رهن الذمي الحر عند المسلم على يد ذمي والفرق واضح كما اشرنا اليه أما لان الرهن يؤول بالآخرة الى بيع الحاكم ولا يجوز له ان يبيع الحر وله ان يبيع المصحف والعبد المسلم وفي (المبسوط) أن أحاديث النبي وأهل بيته صلى الله عليه وسلم بمنزلة المصحف وفي (التحرير) أن الأقرب كراهية رهن الأحاديث وكتب الفقه ولا بد أن يلحظ المقام في باب البيع وفي رهن السلاح من الحربي احتمالان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز رهن الحسناء عند الفاسق لكنه يكره ﴾ به بذلك على أقاويل العامة في ذلك ذكرها في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا رهن الوقف ﴾ وان نحدد الموقوف عليه للمنع من صحة بيعه أو لعدم ملكه أو تمام ملكه وعلى تقدير جواز بيعه على بعض الوجوه فان بيعه لا يعمد بشئ من شراء وقف على بعض الآراء وما يباع الحاجة قد يتطرق اليه في وقت الاحتياج الى بيعه عدما فلا يكون مقصود الرهن حاصلا ولعله لذلك أطلق من تعرض له كالحقق في الشرائع والمصنف في التحرير والتذكرة والشهيد في الدروس والطلاق كلامهم في الوقف يعطيه ولو قلنا انه يباع ولا يجب اقامة بدله كما اذا بيع لحرف تلفه مع شدة حاجة أهله كما هو مذهب بعضهم كالنفيد

ولا المكاتب وان كان مشروطا وفي رهن ام الولد في ثمن رقبته مع اعسار المولى اشكال
ومع يساره اشكال (متن)

والسيد والشيخ في النهاية وأبي بلي أمكن رهنه وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب البيع بما لم يوجد في كتاب
﴿ قوله ﴾ (ولا المكاتب) عند علماءنا سواء كانت مشروطة أو مطلقة لأنها عقدا لم لا يمكن استيفاء الدين
منه لأنه لا يصح بيعه كما ذكر ذلك كله في (التذكرة) وقال نعم لو كانت الكتابة مشروطة وعجز
فانه يصح رهنه لأن للمالك حينئذ فسخ الكتابة وقد يكون الرهن فسخا لها قلت وقد مر نظيره في
المدير فتدبر ﴿ قوله ﴾ (وفي رهن ام الولد في ثمن رقبته مع اعسار المولى اشكال) نسب في
(الايضاح وحواشي الكتاب) للشيد الى الاصحاب المنع من رهن امهات الاولاد وظاهرهما الاجماع
على ذلك ولعلهما فهما ذلك من اشتراطهم في الرهن ان يكون مما يجوز بيعه وهو محل تأمل ولم أجده
من صرح بذلك أي المنع من رهن امهات الاولاد مطلقا غير ابن سعيد في جامع الشرائع والمصنف
في التذكرة وقد يظهر ذلك من السرائر وهو خيرة الايضاح وجامع المقاصد ولم يتعرض لذلك
في المقننة والمراسم والنهاية والخلاف والوسيلة والجواهر وغيرها بل قد يظهر من موضعين من المبسوط
وكذا الغنية الجواز على الاطلاق كما حكى عن أبي علي وقد نفى عنه البعد في المختلف وقال في
(جامع المقاصد) ان فيه قوة واختير الجواز في ثمن رقبته مع اعسار المولى في (التحرير والدروس)
والمنع كذلك بل مطلقا كما عرفت في الايضاح وجامع المقاصد حجة المنع وان جاز بيعها حينئذ
الاجماع الظاهر من الفخر والشيد كما سمعت وانه يجوز ايسار المولى فيستعيب البيع فتتسنى فائدة
الرهن كما هو الشار في رهن الوقف عند الاحتياج كما مر لان دوام التمكن من البيع شرط في الرهن
والا كان كعدمه فامل فكانت (١) الاولوية التي اسند اليها في (الدروس) في الجواز وجعلها غيره أحد
وجهي الاشكال ممنوعة لعدم اطراد الكلية (٢) في المقام أو ما جواز البيع وان كان الاصل عدمه لاقطاع
اصل الجواز عندنا قطعا فلان مقتضى موجود المانع بالاعسار للاجماع مقود ولا كذلك الرهن
لعدم العلم بمقتضى المانع لعدم تحقق معتد الاجماع وهو الاعسار الذي هو علة لاوقاع المانع ولا يلزم من
ذلك أن لا يجوز رهن المرتد عن فطره والجاني لبقاء المالية فيها كما سنسمع واطلاق عبارة الكتاب
وغيرها يقتضي عدم الفرق بين حيوة مولاه وموته ﴿ قوله ﴾ (مع يساره أشكل) لا متاع
البيع حينئذ فيكون جواز الرهن حينئذ بعد ولذلك جزم في الدروس هنا بعدم الجواز وقال في
(التحرير) لو جوزنا رهنها مطلقا لم يجوز بيعها مادام ولدها حيا وبني في (الايضاح) هذه المسئلة على ان
صحة الرهن هل هي مشروطة بإمكان البيع بالفعل دائما او امكانه في الجملة قال والحق الاول فلا
يجوز رهن أم الولد هنا قطعا وجعل اشكال المصنف مبنا على الوجه الثاني قال وعلى الثاني وهو
مراد المصنف منشأ الاشكال ان الرهن ليس باخراج عن الملك ولجواز الاعسار وجواز موت
الولد وليس من لوازم الرهن البيع قطعا ومن حيث ان الرهن أثره امكان استيفاء الدين منه أو من ثمنه
ولا يمكن الا بالنقل عن ملك الراهن الى غيره وكونها أم ولد مضاد له لا يمكن اجتماعه معه وامتناع

(١) يعني اذا جاز بيعها كان رهنها أولى (منه طالب تراه) (٢) أي كل ما جاز بيعه جاز رهنه (منه)

وفي غير الثمن اشد اشكالا ويصح رهن ذي الخيار لأيهما كان (متن)

الاجتماع مع اللازم أي البيع يستلزم امتناعه مع الملزوم أي الرهن وكونها أم وله ثابت فيتنفي أثر الرهن الى آخر ما قال وفي البناء المذكور نظرا لانه قد توجه منشأ الاشكال مع قطع النظر عن البناء المذكور فنشأ الصحة ان الرهن ليس بيبا وقد لا يفضي الى البيع فلا يجب الحكم بطلانه فيما لا يصح بيبه اصلا لامكان حصول الفائدة منه وهي معنى التوثق بوجه آخر فان المالك اذا صار محجورا عليه في ماله بحيث يمنع من نحو العتق مثلا كان ذلك سببا باعنا له على اداء الدين وزوال الحجر وأما وجه العدم فواضح لكن يضاف وجه الصحة بان المقصود الاصل من الرهن استيفاء الدين من قيمته فلا بد فيه من صلاحيته لذلك لانه معرض لذلك وان كان قد يحصل الاداء بوجه آخر وقال الشهيد في حواشيه في قوله اشكل نظر لان افضل التفضيل لا يبنى من رباعي الا ما شذ نحو ما أعطاه وما أكرمه (قلت) مذهب سيويه وهو الرئيس ان بناء افضل التفضيل من افضل مقيس وقد قالوا هو اعطاهم للدرهم وأولاهم للمعروف وأكرم لي من زيد وهذا المكان أقهر من غيره وفي المثل أفلس من ابن المذلق وقد استعمل في الرباعي من غير باب افضل كما في النبوي فهولما سواء أضحى ﴿ قوله ﴾ وفي غيره أشد اشكالا ﴿ وجه الاشكال ﴾ اذ كرهناه أو ما ذكر في الايضاح من امكانه بالفعل أو بالجملة وجزم في (الدروس) بانه لا يجوز رهنها في غير ثمنها موسرا كان المولى أو معسرا ووجه الشدة ان امكان البيع ثم أقرب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح رهن ذي الخيار لأيهما كان ﴾ وقال في (الشرائع) يصح الرهن في زمن الخيار سواء كان للبائع أو للمشتري أولهما لا انتقال البيع بنفس العقد ونحوها عبارة الدمة وقد حملها في الروضة على خلاف المراد منها وقال في (الدروس) رهن ذي الخيار جائز ويكون من البائع فسخا ومن المشتري اجازة عند الفاضلين فراده بذوي الخيار صاحب الخيار على الظاهر وظاهر نسبه ذلك الى الفاضلين التأمل في ذلك لكنه يحتمل انه متامل في الطرفين أو فيما اذا كان من طرف البائع والظاهر الثاني لانه لا تأمل في ان تصرف المشتري فيما له فيه الخيار التزام واجازة وكأنه لذلك قال في (المسالك) لو كان الخيار للمشتري خاصة فلا اشكال ويكون الرهن مبطلا للخيار ولذلك أيضا نص في التحرير على المشتري وسكت عن البايع واستشكل فيما اذا رهن الموهوب الذي يصح رجوعه فيه قال لو باع عبدا بالخيار له أو لها فرهته المشتري في مدة الخيار جاز وعند الشيخ لا يجوز بناء على قوله بعدم الانتقال الا بعد الخيار ولو رهنه المشتري في مدة خياره لزم البيع الى أن قال وكذا لو رهن الموهوب مما يصح رجوعه فيه هل يكون رجوعا اشكال انتهى ويأتي الكلام في الموهوب عند تعرض المصنف له وفهم في المسالك من الشرائع من التعليل ان الراهن هو المشتري بناء على انتقال الملك اليه وان كان ثم خيار واستشكل في جواز رهن المشتري لو كان الخيار للبائع أو لها وان قلنا بملكه لما فيه من التعرض لابطال حق البائع قال ومثله بيبه وما أشبهه من الامور الناقلة للملك وقال ويجوز للبائع رهنه لو كان الخيار له أو لها ويكون فسخا لبيع ونحن نقول اذا رهنه البائع قايما أن يكون له الخيار خاصة أو للمشتري خاصة أولهما وكذلك الشأن فيما اذا رهنه المشتري فان كان قد رهنه البائع والخيار له خاصة كان ذلك فسخا للقاعدة المشهورة بل الجمع عليها كما بينا ذلك في باب الخيار وهل يصح الرهن حينئذ أولا يصح لان الشيء الواحد لا يحصل به (المقدخ ل) الرهن والنسخ مما قولان أقرواها الاول

ورهن الأم دون ولدها الصغير وان حرمتا التفرقة (متن)

لان المحصل للفسخ والمالك القصد المقارن فيحصلان قبيله كما هو المشهور كما بيناه في آخر باب الخيار ايضا ومنه يعرف ما اذا رهنته والخيار لها وما اذا رهن الموهوب مما يصح رجوعه فيه وأما حيث يرهن البائع والخيار للمشتري خاصة ففيه احتمالان الصحة فيكون كرهن مال الغير يتوقف على الاجازة وما لها لان المشتري قد يمضي فينفوت الوثوق الذي هو مقتضى الرهن فتأمل (وأما) اذا رهنته المشتري والخيار له خاصة فلا ريب في أنه اجازة وفي صحة الرهن كما لو وطئ أو أعتق أو باع وقد حكى على ذلك الاجماع جماعة ولم يتأمل في ذلك أحد الا المقدس الاردبيلي والحراساني كما بيناه في باب الخيار أيضا وأما اذا رهنته المشتري والخيار لها أو للبائع خاصة فيرشد اليه ماقلوه في باب البيع من انه لو باع المشتري أو وقف أو وهب في مدة خيار البائع أو خيارها لم ينفذ الا باذن البائع وصرح جماعة في باب الزكوة ان المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البائع كالبيع والهبة ونحوهما وقلت الشافعية لا ينفذ شيء من هذه العقود مطلقا ولم يقل بذلك أحدنا فيما أجد ولو رهن غريمه المفلس عيه التي له لرجوع فيها قبله فالاجود المنع ثم عد الى عبارة الكتاب وظاهرها ان من ثبت له الخيار بالتركة أو لاستقلال يصح له رهن ماله فيه الخيار عند غيرها أو عند أحدهما اذا أمكن وقد احتمل المحقق الثاني في العبارة وحوها ثلثة قال يمكن أن يكون المصدر مضافا الى مفعوله والمعنى يصح رهن مافيه الخيار فيكون الجار والمجرور متعلقا يصح أي يصح ذلك لكل من ثبت له الخيار منهما فيكون المجرور في خبر كان هو العائد وفيه تكاف لان ذا الخيار هو صاحبه فيكون المصدر مضافا الى فاعله أي يصح رهن صاحب الخيار مافيه الخيار ومتعلق الجار في لايها محذوف والجار والمجرور في موضع الوصلة وكان فيه ناقصة هي صلة الموصول والتقدير وان كان الخيار لاي المتعاقدين كان له ويمكن ان يكون متعلق الجار والمجرور محذوف على انه حال من الخيار والتقدير ويصح رهن ذي الخيار ثابتا لايها الخيار كان والعائد في الموضعين الضمير المجرور في الخبر (قلت) لعل الاولى أولى اذ صدق ذي الخيار على مافيه الخيار لا يرمى بالتكليف والانكار وأما الثاني ففيه من كثرة الحذف والتقدير ما لا يخفى وأما البالت فلان الحال من المضاف اليه لا تجوز الا اذا اقتضى المضاف عمله أو كان جزء ماله أضيفا أو مثل جزئه والكل مفقود واذا كان المراد بذوي الخيار صاحب الخيار وان كان المراد به مافيه الخيار فاعله يكون من قبيل مثل الجزء كقوله جل شأنه (ملة ابراهيم خنيفا) لكنه يشمل حينئذ ما لا يراد على انه قد فر في الوجه الاول من ارادة ذلك وقال فيه تكلف وقد يقال ان هناك وجها رابعا خاليا من كثرة الحذف والتقدير والتقديم والتأخير وهو أن يكون الجار صلة الخيار وكان تامه فيصير المعنى فيصح رهن ما ثبت فيه الخيار لأحدهما (وفيه) انه يشمل رهن عادم الخيار مالصاحبه فيه الخيار مع أمور آخر فتدبر قوله **ورهن الأم دون ولدها الصغير وان حرمتا التفرقة** هذا فرع على الرابع وقد حكى الاجماع على جواز رهن الجارية بدون ولدها الصغير في التذكرة والايضاح وفي (التحرير) يجوز رهن الجارية وان كان لها ولد صغير اجماعا انتهى ولا يحرم ذلك وان حرمتا التفرقة لان الرهن لا بعد تفرقة لانه غير منزيل للمالك ولا يمنعه الرهن من الرضاع فله أمرها بتعهد الولد وحضاته كما أشير اليه في المبسوط وغيره نعم ان قلنا بجواز بيعها مفردة بعد الرهن احتل عدم جواز افرادها بالرهن لان ذلك ينفي الى التفرقة المحرمة وقد تقدم في باب البيع ان التفرقة محرمة بالنصوص والاجماع المحكية

وحيث أن بيع الأم خاصة ويقال تفرقة ضرورية أو نقول يباعان ثم يختص المرهن بقيمة الأم فتقوم منفردة فإذا قيل مائة ومنضمة فيقال مائة وعشرون فقيمة الولد السدس ويحتمل تقدير قيمة الولد منفردا حتى تقل قيمته فإذا قيل عشرة فهو جزء من أحد عشر (متن)

﴿ قوله ﴾ (وحيث أن بيع الأم خاصة ويقال تفرقة ضرورية) أي حين رهنها منفردة لأن كان جائزا إذا حل الحق وأراد بيعها وقتنا بتحریم التفرقة فإن باع المالك فلا اشكال كافي (لايضاح) في وجوب الضم وإن بيعت عليه جبرا احتل أن يقال تفرقة ضرورية لأن علة جواز البيع الرهن وهو مختص بها (وفيه) أن الرهن اقتضى بيعها لا بيعها منفردة والتفرقة محرمة بالنص فيجب بيع الولد معها من باب المقدمة لتوقف صحة البيع على عدم التفرقة فيكون استحقاق بيعها مستندا إلى الرهن ووجوب بيع الولد مستندا إلى تحريم التفرقة ولهذا ترك هذا الاحتمال في (المبسوط والتذكرة والدروس) وغيرها نعم جزم به في التحرير ولعله منه بناء على جواز التفرقة لانا أن لم يقل بتحریم التفرقة فإن باعها المالك فالأفضل جمعها في البيع ويجوز للأفراد وإن بيعت عليه كما لو باعها الحاكم في الدين بغير إذنه لتعذر منه مخالفة (الايضاح) أنه يبيعها منفردة قطعا وبيع في عبارة الكتاب بالنون ليناسب قوله أو قول ويتضح وجه التفرقة الضرورية ويحتمل أن يكون بالياء أفراد الحاكم أو الراهن أو المرهن فأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو نقول يباعان ثم يختص المرهن بقيمة الأم ﴾ قال في (المبسوط) يباعان معا فما قابل الجارية فهو رهن يكون المرهن أحق به وهو الذي جزم به في الدروس على التقدير المذكور أي تقدير تحريم التفرقة وقربه في التذكرة وقواه في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ فتقوم منفردة فإذا قيل مائة ومنضمة فيقال مائة وعشرون فقيمة الولد السدس ﴾ للتقويم على تقدير بيعها معا واختصاص المرهن بقيمة الأم ثلاثة أنحاء (الأول) ما ذكره المصنف هنا واحتمله في (الايضاح والدروس وجامع المقاصد) وهو قول الشيخ في المبسوط حكاه عنه في الدروس من أنها تقوم منفردة عن ولدها ذات ولد فننظر قيمتها منفردة لتعلق حق المرهن بها لا بولدها وقيمتها مع الولد فما زاد على قيمتها حال الأفراد يكون للراهن والقيمة للمرهن وهذا التقويم بعد البيع فإذا قيل قيمتها منفردة ذات ولد مائة وقيمتها وقيمة الولد مائة وعشرون فظاهر أن قيمة الولد سدس وهو العشرون لأنها سدس المائة والعشرون وكان الأولى للمصنف أن يقول فتقوم منفردة ذات ولد لأنها على تقديره تقل قيمتها لمكان استغناء بالحضانة كما أن الأولى أن لا يقول منضمة بل يقول قيمتها وقيمة ولدها لأن قيمتها منضمة مائة وتسعة وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءا من عشر جزءا كما سنسمع (الثاني) أن يقوم كل واحد منهما وحده فتقل قيمة الولد لانه يكون ضائعا يحتاج إلى من يريه ويؤخذ من الثمن بالنسبة ولم يذكر في التذكرة والتحرير غيره وهو الظاهر من المبسوط وقد سمعت مافي الدروس وفي (الايضاح) أنه الأصح وإليه أشار المصنف بقوله ويحتمل تقدير قيمة الولد منفردا إلى آخره وكان الأولى أن يقول وقيمة الأم منفردة كما أشرنا إليه وبإانه أنه إذا قيل بعد بيعها معا بمائة وعشرين وتقومها بمائة منفردة أن قيمة الولد مفردا عشرة قيمته جزء من أحد عشر لأن المجموع إحدى عشرة عشرة والعشر جزء واحد عشر عشرة عشرة وقد زادت القيمة مع الانضمام عشرة فلا بد أن نجعلها أحد عشر جزءا فنأخذ من كل درهم جزءا فيحصل عندنا عشرة أجزاء فنأخذ جزءا من هذه الأجزاء العشرة ونضعه على حده فبقي من هذه

فروع (الاول) يصح رهن المشاع وبعضه على الشريك وغيره (متن)

الاجزاء تسعة مجموعها درهم الاجزاء فاذا ضمناه الى العشرة دراهم التي اخذنا من كل واحد منها جزءاً يحصل عندنا احد عشر درهماً كل درهم ناقص جزءاً فتأخذ من هذه للعبد درهماً الا جزءاً هو تسعة اجزاء والباقي للام ومجموعه تسعة ثمانية ثم يرجع الى الخبر الذي وضعناه على حده فنقسمه احد عشر جزءاً للولد جزءاً والباقي للجارية فتكون قيمة الولد عشرة دراهم وتسعة اجزاء درهم وجزء من احد عشر جزءاً من عشر درهم وقيمة الام مائة درهم وتسعة دراهم وعشرة اجزاء من احد عشر جزءاً من عشر درهم وقد قال في (جامع المقاصد) ان قيمة الام مائة وتسعة وجزء من احد عشر جزءاً من درهم فليتأمل وناقش في تقييد هذه الزيادة وادعى انها للمالك لان الرهن انما تعلق بالجارية منفردة فتكون له قيمتها كذلك وأطال في بيان ذلك (وفيه) أنا نقول على تقدير تحريم التفرقة كما هو المفروض انه قد أخذ في رهنيتها بيعها مع ولدها فكانه رهن عنده يبيعها مع ولدها الا ان نقول انه رهن عنده ذلك لاعلى سبيل الاجتماع بل على سبيل الافراد وربما يقال ان المتبادر الاجتماع نعم المناقشة تتوجه على القول الآخر (الثالث) من انحاء التقويم ما احتمله في (الدروس) وهو ان يقر ما جميعاً ثم يقوم الولد منفرداً من دون تقويم الجارية منفردة فيقال قيمته منفرداً عشرة ومع امه خمسون قيمته الخمس وبقي هناك شيء آخر وهو انه لم لا يباعان كل منهما بافتراده لرجل واحد فلا تفرقة ولا تقويم الا ان يقال ان الغالب الاسهل المصطنع قال في (التذكرة) الاقرب بيعهما معاً لان الجمع بينهما في العقد ممكن ثم قال بعد ذلك فاذا بيعا بمصفقة واحدة اثلا يقع التفرق المهي عنه ولم يزد على ذلك ~~قوله~~ ﴿ ويصح رهن المشاع ﴾ كافي (المقنعة والنهاية والمبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة والغية والسرائر وجامع الشرائع والسرائع والنافع) وسائر ما تأخر عنها وفي (الحلاف والغنة والتذكرة وظاهر الدروس) الاجتماع عليه وفي (التذكرة) أيضاً يصح رهن المشاع سواء رهن من شريكه أو من غير شريكه وسواء كان ذلك مما يقبل القسمة أو لا يقبلها وسواء كان الباقي للراهن أو لغيره مثل أن يرهن نصف داره أو نصف عبده أو حصته من الدار المشتركة بينه وبين غيره عند علمائنا أجمع انتهى وظاهرها أيضاً الاجتماع على جواز رهن المشاع من دون اذن الشريك حيث قال ولو لم يأذن الشريك فكذاك عندنا ونسب الخلاف الى أبي حنيفة قال قال أبو حنيفة لا يجوز رهن المشاع من غير اذن الشريك انتهى وهذا غير القبض والاقباض كما ستسمع وقد نسب في الخلاف وغيره الى أبي حنيفة المنع على الاطلاق ومرادهم بقولهم يصح رهن المشاع ورهن المشاع جائز انه يصح رهن الحزاء المشاع (حنة) الاصحاب بعد الاجتماع المعلوم الاصل والعموم واحتج الكوفي بأنه لا يمكن قبضه وهو خطأ صرف وبأنه قد يصير جميع ما رهن بعضه في حصة الشريك وليس كالبيع فانه اذا باع زال ملكه فكانت المقاسمة مع المشتري والاصل والعموم والاجماع منا ومنهم حجة عليه وبيان ما استند اليه من الفرض المذكور ما اذا رهن نصيبه من بيت معين من دار مشتركة فاتفق وقوع ذلك البيت في حصة شريكه وأما حكمه فيحتمل أن يكون اتفاق حصوله في حصة الشريك كاتلاف الراهن فتلزمه القيمة أو كتلف الرهن من الله سبحانه وتعالى فلا تلزمه أو ينشأ الحكم على الاختيار والاجبار فان كان في القسمة مختاراً فهو كالاتلاف والا فكالتلف والاول أولى لانه قد حصل له في ذلك الجانب مثل ماله وهو خيرة التذكرة والدروس

ويكون على المهاداة كالشركاء (والثاني) يصح رهن المرتد وان كان عن فطرة على اشكال (متن)

(وبما ذكر) يعلم حكم ما قاله المصنف أو بعضه على الشريك وغيره وقد سمعت اجماع التذكرة المنطبق على ذلك اذا عرفت هذا فهل يتوقف الاقباض على اذن الشريك في المنقول وغيره كما هو خيرة التحرير والدروس واللمعة لاستلزامه التصرف في مال الشريك وهو منهي عنه بدون اذنه فلا يستد به شرعا وانما يتوقف على اذن الشريك في المنقول كالجواهر والسيف كما هو خيرة المبسوط وكأنه مال اليه في الروضة لانه في غير المنقول لا يستدعي تصرفا بل رفع يد الرهن عنه خاصة وتمكنه منه وقد يتوهم من كلام التذكرة انه لا يتوقف على اذن الشريك مطلقا وليس كذلك قطعا وعلى تقدير اعتباره فلو قبضه بدون اذن الشريك وفصل الحرام تم القبض على الاصح لان النهي انما هو لحق الشريك قط للاذن من قبل الرهن الذي هو معتبر شرعا وفي (الروضة) انه أجود ولو رضي الشريك بعد القبض تم كما صرح به في اللمعة **قوله** (ويكون على المهاداة كالشركاء) الظاهر انه عطف على قوله يصح والضهير اما للعجز المشاع أو لرهن ذلك الجزء المشاع وقد يشعر ذلك باشتراط القبض في تحقق الرهن كما عليه جماعة والانسب بذهب المصنف في جميع كتبه من أن القبض ليس بشرط فيه أن يكون مبنيا على مطوي في الكلام تقديره واذا قبضه يكون على المهاداة قاتل وكيف كان فلما كان القبض في رهن المشاع بتسليم الكل أرد أن يبين انه اذا حصل القبض جرت المهاداة بين المرتين والشريك جريانها بين الشريكين ولا بأس بتبعيض اليد بحكم الشيوع فلا يدافع الرهن بتبعيض اليد كما لا يدامه استبقاء الرهن المذاع فان تشاحوا ولم يتهاوا أخذه الحاكم وجعله عند أمينه قالوا ويكره لهم ويعلق الرهن بحصة الرهن من الاجرة ولكن مدة الاجارة لا تزيد عن اجل الحق فلو زادت بطل الزائد ويخير المستأجر الجاهل الا أن يميز المرتين **قوله** (ويصح رهن المرتد وان كان عن فطرة على اشكال) قال في (التذكرة) المرتد اما أن يكون عن فطرة أو لا عن فطرة والاول يجب قتله في احوال ولا تقل توبته عند علمائنا ثم انه اختار فيها ان المرتد عن فطره لا يصح رهنه وهو خيرة في المختلف وكأنه الاله في الايضاح أو قال به وفقا لابي علي فيما حكى لانه في كل آن يجب اعدامه ويتعين اتلافه بانتفاء غاية الرهن وهو الوثوق لان الرهن يقتضي وجوب البقاء الى حلول أجل الوفاء وهذه الردة تقتضي في كل آن كما عرفت وجوب القتل ان أمكن أو دفعه الى السلطان فحصل التضاد بين الحكيم لاختلاف مقتضى الامرين ولان المرتد بمنزلة مالا تقع فيه أو بمنزلة غير المملوك أو بمنزلة المستحق للغير ولا نسلم أنه يجوز بيعه لانه لا يقبل التطهير كما سنسبع سلمنا لكتنافرق كافي (الايضاح) بينه وبين الرهن لجواز الاتفاع في البيع منقعة حالية بخلافه ها قد يظهر من المحكي من كلام أبي علي انه خارج حينئذ عن الملك الا أن قول ان المفروض انه قد فات السلطان ولم يتها من يقتله كافي هذه الا زمان ولم يخرج بها عن الملك فجاز رهنه للاصل والعموم ولا معارض الا الارتداد الذي قد عرفت حاله ولانه يجوز بيعه فيجوز رهنه بطريق اولي أو تقول ان رهنه حينئذ كرهن المريض المأبوس من برته فجاز رهنه وان وجب قتله في كل آن لان المانع انما هو القتل وهو غير موجود ولا معلوم الوجود فلا مانع حينئذ بل المانع متوقع الوجود فهو كرهن المريض ولعله لذلك اطلق في المبسوط وجامع الشرائع جواز رهن المرتد بحيث يشمل ما كان عن فطره وصرح به فيه في الشرائع والتحرير والارشاد

والجاني عمدا او خطأ (متن)

وشرحه لفخر الاسلام وحواشي الكتاب واللمعة والروضة وغاية المرام ومجمع البرهان واستجوده في المسالك وفي (جامع المقاصد) انه اقوى ولم يرجح شيئا الشيد في الدروس بل اقتصر على نقل الاقوال ويظهر من جامع المقاصد ان جوازيه مما لا ريب فيه عنده لانه قال في وجه الاشكال منشأته من جوازيه فيجوز رهنه بطريق أولى ولم اجد بذلك مصرحا من اصحابنا ثم حكى ذلك في التذكرة عن العامة حيث نقل عنهم انهم استدلوا على جواز رهنه بجوازيه والمولى الاردبيلي خص جوازيه في الدين وهو مطالب بالدليل والسوم لا يجدي لما سنسمع ثم كل من قال بجواز رهنه قد يقال ان ظاهره حوار يمه وليس كذلك اذ قد سعت ما حكيناه عن الايضاح وقد استشكل فيه في جوازيه كوالله في التذكرة وقد ذكرنا في باب المكاسب عن الاصحاب ان كل نجس لا يقبل التطهير لا يجوز يمه وقلنا ان القول بجوازيه المرتد عن فطرة ضعيف جدا وان من جوز له لعله بناء على قبول توبته كما هو خيرة بعض من تأخر وقلنا ان المعروف من مذهب الاصحاب عدم جواز يمه ثم انا قد لانسلم جواز رهن العبد المريض المأوس من بونه المشرف على الموت قبل حلول اجل الدين كما سنسمع ولو كان المرتد عن فطرة امة او كان الارتداد عن ملة فني (الروضة) أن الامر واضح لعدم قتلها مطلقا وقبول توبته قلت وكذلك لو كان خطي وقد صرح بجواز رهن المرتد لاعتن فطرة فيما منع فيه من رهنه أو استشكل فيه كالتذكرة والمختلف والدروس وقد ينزل اطلاق المبسوط وجامع الشرائع على ذلك بل كلام المبسوط في مطابقه كالمظاهر في ذلك وقد يكون المصنف مستشكلا فيه ايضا لان الملى قد لا يتوب فلا يحصل فائدة الرهن وهو الوثوق الا اني لم اجد مصرحا من الاصحاب بعدم جواز رهن الملى وكلام ابي علي يحمل على الفطري فتكون الكلمة متفقة على الحواز فيه اي الملى فليتأمل ﴿ قوله ﴾ (والجاني عمدا او خطأ) كافي (الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتلخيص والمختلف وشرح الارشاد لفخر الاسلام والدروس واللمعة وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان) وهو ظاهر اطلاق جامع الشرائع حيث صحح رهن الجاني وحكى هذا القول في المبسوط بلفظ القيل لبقاء المالية وان استحق العائد القتل ولحواز العفو (وفيه) ان المالية معرضة الزوال باسترقاق المحني عليه له او بقدر الجنابة في الخطاء وفي العمد باستحقاق القتل والاستناد الى احتمال العفو ضعيف والشرائط التي اعتبرت في الرهن كالمالية والملكية وصحة يمه وقبضه انما اعتبرت لتحصيل الوثوق لانفسها فلا التفات اليها اذا تخلف عنها الا ان تقول ان الاعتبار في صحة الرهن استجماع شروطه حال العقد فليتأمل ونجوز البيع لمكان امكان حصول المقصود منه وهو الانتفاع به بخلاف الرهن ولذا قال الشيخ في (المبسوط والخلاف) بطلان رهن الجاني سواء كانت الجنابة عمدا او خطأ قل لانه ان كانت عمدا فقد وجب عليه القصاص وان كانت خطأ فليسه ان يسلمه الى من جنى عليهم فانها تتعلق برقبة العبد والسيد بالخيارين ان يسلمه ليعاقب في الجنابة وبين ان يفديه فايها قل قال رهن على البطلان لانه وقع باطلا في الاصل ولا يصح حتى يستأنف انتهى وهو موافق لقاعدة الرهن مضافا الى ان الجنابة العارضة في دوام الرهن تقتضي تقديم حق المحني عليه فاذا وجدت أولا منعت من ثبوت حق المرهن فتأمل (وقد يحتاج) للمشهور بان الجنابة

ولا تبطل الحقوق بل تقدم على الرهن فان كان عالما بالعيب او تاب او فداء مولاه ثم علم
فلا خيار لزوال العيب والا تخير في فسخ البيع المشروط به لأن الشرط اقتضاء سليما فان
اختار امساكه فليس له ارش وكذا لا ارش لو قتل قبل علمه ولا يجبر السيد على فداء
الجاني وان رهنه او باعه (متن)

لا تنافي الرهن ولهذا اذا جنى بعد ما رهن تعلقت به الجناية ولم يبطل الرهن وفي (المسالك) انه يفهم
من قوله في الشرائع والجاني خطأ وفي العمد تردد والاشبه الجواز ان جواز رهن الجاني خطأ مما
لا خلاف فيه سقت ولعله لأن رهنه التزام بنكه **قوله** (ولا تبطل الحقوق بل تقدم على
المرتهن) هذا احسن مما يوجد في بعض النسخ بل تقدم على الرهن لان ضمير كان وعلم وتخير لا مرجع
له الا المرتهن ثم لا بد من تقدير شيء وهو حق مضافا الى المرتهن وكلت تقدمها على حق المرتهن
والمشتري مما لا ريب فيه لان الرهن ليس باعظم من الملك فلو كان العبد ملكا للمرتهن وجنى كانت
الجناية مقدمة ولسبقها وتعلق حق المجني عليه بالرقبة ومن ثم لو مات الجاني لم يلزم السيد بخلاف المرتهن
فان حقه لا يقتصر فيها بل تشاركها ذمة الراهن وذلك اي التقدم اذ اعجز المولى عن فكه حيث له فكه
قوله (فان كان عالما بالعيب او تاب او فداء مولاه ثم علم فلا خيار) اي ان كان المرتهن
عالما بالعيب في المرتد والجاني فلا خيار له في فسخ البيع المشروط به وكذا ان تاب المرتد حيث قبل
توبته او فدى الجاني مولاه ولم يكن عالما بعيه ثم علم فلا خيار **قوله** (لزوال العيب) هذا
لا يصح تمليلا لسقوط الخيار في المسائل الثلاث لعدم زواله مع العلم فلا يصح في الأولى **قوله** (
(والا تخير في فسخ البيع المشروط به لان الشرط اقتضاء سليما) اي وان لم يعلم بالعيب ولا حصلت
التوبة ولا الفداء تخير المرتهن في فسخ البيع المشروط بذلك الرهن لان الشرط اقتضى رهنه سليما
لتنزيل الاطلاق على السلامة وبه صرح في الدروس وجامع المقاصد **قوله** (فان اختار
امساكه فليس له ارش) كما في (المبسوط) في المرتد (وجامع المقاصد) فيها لان الارش لتايت المبيع
بمصول العيب فيه وقال في (جامع المقاصد) فان قيل لما اقتضى الشرط رهنه سليما وجب ان يندل
ارش الفاتت ليجله رهنا قلنا انما وجب بالشرط رهن العبد وقد حصل وكونه مميلا لا يقتضي اشتراط
رهن شيء آخر قضية ذلك ان كل ما فات من صفات الرهن لا يمكن المطالبة به ومنه يعلم انه ليس
له المطالبة بالارش لو قتل قبل علمه او بعد علمه كما اشار اليه المصنف بقوله وكذا الاش لو قتل قبل علمه
وترك ما لو قتل بعد العلم لانه يعلم بالاولوية **قوله** (ولا يجبر السيد على فداء الجاني وان رهنه
او باعه) لما كان المولى مخيرا في جناية عبده خطأ بين فكه ودفعه الى المجني عليه او وليه ليستوفي
ذلك من رقبته فاذا رهنه او باعه وامتنع من فكه فمختار المصنف انه لا يجبر عليه بل يتسلط المجني عليه
على العبد وقد تقدم الكلام فيما اذا باعه وان الاكثر على ان يمه التزام بالفداء اذا كان مؤثرا وان
المصنف في نهاية الاحكام احتل عدم التزام السيد بالفداء لان اكثر ما فيه انه التزام بالفداء فلا يلزمه
الفداء كما اذا قال الراهن انا اقضي الدين من غير الرهن وقواه في التحرير والفرق انه ازال ملكه
عنه فلزمه الفداء كما لو قتله بخلاف الرهن وقد استوفينا الكلام في المسئلة واطرافها في الفصل الثالث
في العوضين وفي خيار العيب وأما اذا رهنه فيحتمل زوال تخيره لتعذر الدفع الى المولى ليستوفي من

بل يتسلط المجني عليه فان استوعب الارش القيمة بطل الرهن والاقضي المقابل (الثالث)
لو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الاجل فان شرط بيعه وجعل قبل الثمن رهنا صح وان
شرط منه بطل وان اطلق فالاقرب الجواز فيباع ويجعل الثمن رهنا (متن)

رقبه لمكان الرهن ويحتمل بقاء تخيره لامكان اداء الدين من غيره فهو قادر على الدفع وهذا الوجه
لا يتوجه في البيع وتستسمع ما توجه به كلام المصنف فجلها من سنخ واحد كما في الروضة غير جيد
قوله ﴿ بل يتسلط المجني عليه ﴾ اي عليه ان امتنع المولى من فدائه وكأنه كره التكرار في
لفظ عليه فاكتفى بواحدة ووجهه ان محل الحناية باق والحناية لا تنافي الرهن ولهذا اذا اجنى بعدما
رهن تعلقت به الحناية ولم يبطل الرهن وليس رهنه كمنته اذا صححتا عنه لانه ابطال محل الحناية
كالبيع عند جماعة فان استوعب الارش القيمة بطل الرهن والا قضي المقابل اي وان لم يستوعب
الارش القيمة بطل الرهن في مقابلة الارش لان العين رهن وقد تعلق حتى آخرها مقدم عليه فان
استوعبها بطل الرهن وسقط وان بقي منه شيء مثل العشر مثلا كان ذلك رهنا ولا فرق بين العمد
والخطاء قوله ﴿ ولو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الاجل فان شرط بيعه وجعل الثمن
رهنا صح ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والدروس واللمعة وغاية المرام وجامع المقاصد
والمساك والروضة) وهو قضية كلام الفقيه والسرائر وظاهر غاية المرام الاجماع عليه حيث قال
قطعا ووجه انه شرط يحصل معه المقصود من الرهن فيبيعه الراهن ويجعل ثمنه رهنا فان امتنع منه رفع
المرتهن امره الى الحاكم ليبيعه او يأمره به فان تمذر جاز البيع دفعا للضرر والخرج واحتزوا بقولهم
قبل الاجل عما اذا كان لا يفسد الا بعد حلوله بحيث يمكن بيعه قبله فانه لا يمتنع وكذا لو كان حالا
لامكان حصول المقصود منه ويجب على المرتهن السعي على بيع ما يفسد حيث صح رهنه بأحد الوجوه
لمراجعة المالك أو الحاكم فان ترك مع امكانه ضمن الا ان ينهائ المالك فينتفي الضمان وقد نبه على هذه
المفروغ جماعة ولو امكن اصلاحه بدون البيع كتجفيفه كما في العنب والرطب صح رهنه قولاً واحداً
كما في المساك ولم يحز بيعه بدون اذن المالك وموتة اصلاحه على الراهن كنفقة الحيوان فالمراد بما
يسرع اليه الفساد في المسئلة المفروضة مالا يمكن اصلاحه بتجفيفه وفي (الدروس) انه لو توم فساد
فهو اولى بالصحة ويبيع عند الاشراف على الفساد قوله ﴿ وان شرط منه بطل ﴾ اي
ان شرط منه من بعه بطل الرهن كما في (المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد) وهو قضية
كلام الفقيه والسرائر والشرائع لانه لا ينتفع به المرتهن فلا يحصل معه المقصود من الرهن قلت
الصحة محتملة كما في المساك لما ستسمعه فيما اذا اطلق من انه يجبر على بيعه قوله ﴿ وان
اطلق فالاقرب الجواز فيباع ويجعل الثمن رهنا ﴾ هذا حكاية في (المبسوط) قولاً وقال انه لا دليل
عليه ونسبه في الدروس الى الفاضلين والموجود في الشرائع الاقتصار على نقل القولين كما صنع
هو في الدروس وكما في التحرير ولم يذكر في النافع وقد وافق المصنف هنا وفي التذكرة ولده
في الايضاح على الظاهر والتبديدان في اللمعة والروضة والمساك والمحقق الثاني والصبري لان المقصود
من رهن العين انما يتحقق على هذا التقدير فيجب المصير اليه صيانة لتصرفات من له اهلية التصرف
عن الفساد مع امكان تنزيلها على وجه يصح معه من غير احتياج الى ارتكاب المجاز أو حمل على مالا

ولو طرأ ما عرضه للفساد فكذلك (الرابع) لو نذر المتق عند شرط ففي صحته رهنه قبله نظر (متن)

يدل عليه المقدم فان عقد الرهن يتضمن الاذن في البيع لان الغرض الاصيل من الرهن استيفاء الدين من ثمنه وقال الشيخ في (المبسوط) وان أطلق ذلك لم يجوز الرهن وهو قضية كلام الثنية والسرائر ونسبه في (الدروس) الى كتابي الشيخ ولم أجده في الخلاف والنهاية لان الاجار على البيع اجار على ازالة ملكه وبيع الرهن قبل حلول الاجل وذلك لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب فاذا ثبت انه لا يجبر على البيع فالمرهون لا يملك استيفاء الحق منه فلم يصح عقد الرهن كما لو رهن عبدا علق عتقه بشرط يوجد قبل المحل (وفيه) ان في ترك بيعه اضرارا بالمالك والمهرن معا وفي بيعه احصاها اليها فوجب البيع جمعا للحقين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو طرأ ما عرضه للفساد فكذلك ﴾ كافي (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) وظاهر الايضاح الاجماع عليه قال لو طرأ على الرهن ما عرضه للفساد كتفن الخطة وجب بيعه وجعل الثمن رهنا قطعا ولعله أراد اذا خيف عليه الفساد فتأمل وفرضها في (التذكرة) فيما اذا ابتلت الخطة وتعدرت التجفيف والفرق بينه وبين ما سبق ان مقتضى الطرأ الفساد فيما سبق موحود وقت الرهن وفي هذا طار بعده والطارى لا يساوي المقارن ومن ثم يتعلق الرهن بالقيمة لو ألتف الرهن متلف وهي دين ولا يجوز رهن الدين ابتداء فحينئذ يباع ويتعلق بثمنه ونظيره في البيع اباق العبد فانه يمنع من بيعه واذا طرأ لم يوجب الانقاسخ هذا اذا طرأ ذلك بعد القبض وأما اذا طرأ الفساد قبل القبض فظاهر البطلان ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو نذر المتق عند شرط ففي صحته رهنه قبله نظر ﴾ اذا نذر عتقه صح اجماعا سواء علقه على وقت أو وصف مثل أن يقول لله علي ان أعتقه ان دخل رأس الشهر أو ان جاء زيد أو أطلقه كقوله لله علي أن أعتقه أو قيده بالتعجيل مثل قوله لله علي أن أعتقه الآن وعلى كل واحد من هذه التقادير لا يخرج ملكه عنه بالنذر بل بنفس الاعتاق فان كان النذر مطلقا أو مقيدا بالتعجيل لم يجزله رهنه لتعلق حق المتق به ووجوب اخراجه عن ملكه فينافي جواز رهنه الذي يقتضي وجوب ابقائه في دين المرتهن محفوظا عليه حتى يستوفي منه أو من غيره وان كان مقيدا بالوقت أي التشرط فقد تردد فيه المصنف هنا وولده في الايضاح على الظاهر والشهد في الدروس ولم يتعرضوا لما اذا علقه على الوصف كما اذا علق عتقه على دخول الشهر وقرب في (التذكرة) جواز رهنه في الوصف أو الشرط لكنه قال انه لا يباع لو حل الدين قبل الوصف أو الشرط لانه وان لم يخرج عن ملكه بالنذر الا أنه قد تعلق به حق الله تعالى وبيعه مبطل لذلك الحق وجعل وجهي النظر في الدروس من بقاء الملك واصالة عدم الشرط ومن ان سبب العتق سابق والشرط متوقع (ثم قال) فعلى الاول لو وقع الشرط وعتق خرج عن الرهن ولا يجب اقامة بدله اذا كان المرتهن عالما بحاله والا فلا قرب الوجوب واعترض في (جامع المقاصد) على الاستاذ في عدم الى أن الشرط متوقع بان توقع خروجه عن ملكه بسبب يتجدد لا يبيع صحة الرهن كما لو رهن مريضا لان المعبر في صحة الرهن استجماع شروطه حال العقد ولا أثر لما يمكن تجديده من التناقيات (قلت) قد عرفت في رهن الجاني ان اعتبار الشروط لمكان الوثوق لا لما فيها فتأمل (ثم قال) ان التحقيق ان المسئلة مبنية على ان من نذر أن يفعل فعلا عند شرط أو غدا هل يحث بفعل ما ينافي ذلك قبل النذر كما لو نذر أو حلف لا أن يفعل هذا الطعام غدا هل يحث بالتلافه الآن أم لا للاصحاب في ذلك قولان ثم قال ان الاحوط القول

(الخامس) لو رهن عصيرا فصار خرا في يد المرتهن زال الملك فأن أريق بطل الرهن ولا يتخير المرتهن لحصول التلف في يده (متن)

بعدم الصحة ووجه ابتناء هذه المسئلة على تلك انه على تقدير الحث يكون بيع العبد ممنوعا منه فيمتنع الرهن لا انتفاء مقصود الوثيقة حينئذ وعلى العلم لا أثر للباني الذي تجدد ممكن لكن المصنف في ندر الكتاب والشيخ في المبسوط وابن سبيد في الجامع والشرائع وغيرهم قالوا لو حلف لياكل هذا الطعام غدا فأكله أو بعضه اليوم حث لتحقيق المخالفة لان التوقيت كما يقتضي في الفعل فيما بعد الوقت المقدر يقتضيه قبله فكأنه حلف أن لا يأكله قبل الغد ولا بعده فكما يحث بالتأخير يحث بالتقديم وللعمامة قول بالأحلال وقد احتله بعض الاصحاب لانه اذا وقت اليدين لم يجب عليه الوفا قبل الوقت وحين حضر كان قد اتقى متعلق البين ومبنى القولين على ان البين هل يقتضي الامر حالها بالايقاع اذا حضر الوقت أو لا تقتضيه الا اذا حضر والحاصل اننا لم نجد المصريح بالخلاف في مسئلة الحلف بل من لم يحكم بما هو أقل قليل بل ما بين محتمل أو مستشكل كبعض من تأخر كالشهيد الثاني وربما بنى الحكم فيها على المسئلة الاصولية وهي ان المكلف اذا علم انتفاء شرط التكليف هل يحسن تكليفه قبل مجيء غدا أولا نعلي الاول يحث وتجب الكفارة والبناء غير صحيح وعندنا انه لا يحسن التكليف ولا الاشتراط عدالعلم بانتفاء الشرط وفي (الايضاح) ان مبنى مسئلتنا على مسئلتين (الاولى) انه هل يجوز بيع هذا المند ورعته أم لا (الثانية) هل يشترط امكان البيع في صحة الرهن أم لا **قوله** (لو رهن عصيرا فصار خرا في يد المرتهن زال الملك) يصح رهن العصير اجماعا كما في (المبسوط والتذكرة) وخوف تشيرها لا يمنع من صحة الرهن كما يجوز رهن المريض فلو صار خرا بعد تحقق الرهن زال الملك وانفسخ الرهن كافي (المبسوط والشرائع والتذكرة) والتحرير وجامع المقاصد والمسالك) وقال في (الخلاف) يجوز امساكه للتحلل والتحليل ولا يجب اراقته لانه لا خلاف في جواز التحلل والتحليل وعن أبي الصلاح انه ان صار خرا بطلت وثيقة الرهن ووجبت اراقته وهو شاذ وثال في (التذكرة) معنى قولنا يبطل الرهن لانريد به ارتفاع أثره بالكلية والا لم يعد الرهن بل المراد ارتفاع حكمه ما دامت الحرية ثابتة قلت يريد ان العلاقة باقية لمكان الاولوية ففي الحنفية الرهن والملك موجودان بالقوة القريبة لان تحله متوقع وانما الرائل كونه ملكا ورها بالفعل لوجود الحرية المنافية لذلك فيكون البطلان مراعى بقاءه كذلك أو بطله فان عاد خلا عاد الملك والرهن كما استسمع ونظيره ما اذا أسلمت زوجة الكافر فانه يخرج من حكم العقد ويحرم عليه وطؤها فاذا أسلم الزوج قبل انقضاء العقد عاد حكم العقد وكذلك اذا ارند أحد الزوجين وليس اقلابه خرا كارتداد العبد حتى نقول ببقاء الملك لان المرتد يصح التصرف فيه فلم يخرج عن الملكية ولا كذلك الحر وكأنه لما ذكر قال المصنف زال الملك فيما اذا صار خرا ولم يقل بطل الرهن ومع الاراقة حكم يبطلان الرهن فأشار بذلك الى أن أثر الرهن لا يضرطل بالتحجير بالكلية **قوله** (فأن أريق بطل الرهن ولا يتخير المرتهن لحصول التلف في يده) أي ان كان متروطا في بيع كما اذا باع أو اشتري بشرط رهن له فرض للرهن التخير في يده فانه لا خيار له في فسخ ذلك البيع المشروط فيه بحصول التلف في يده كما في (التذكرة والمسالك) وكذا التحرير وقد يعطى التعليل انه لو تلف في يد الراهن يتخير في البيع

فأن عاد خلا عاد الملك والرهن ولو استحال قبل القبض تخير المرتهن في البيع المشروط فيه
فإن عاد خلا تعلق حق المرتهن به أن لم نشترط القبض في الرهن ولو جمع خرا مرقا فتخلل
في يده ملكه ولو غصب خرا فتخلل في يده فالأقرب أنه كذلك (متن)

وليس كذلك بل الحكم فيه أنه إذا تلف في يد الراهن قبل القبض فإن قلنا بأنه ليس شرطا كما هو
خيرة المصنف في الكتاب فالحكم كذلك لعروض المبطّل بعد تمام الرهن وإن اشترطناه تخير المرتهن
في العقد المشروط فيه كما ستسمع ذلك قريبا **قوله** ﴿فإن عاد خلا عاد الملك والرهن﴾ كما
في (المبسوط والجواهر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك) وهو
معنى قوله في الارشاد وعاد رهنا وقوله في الشرائع عاد إلى ملك الراهن لأنه إذا عاد إلى ملكه عاد
الرهن بحاله لأنه تابع للملك كما صرح بذلك في (المبسوط) فاندفع عنها اعتراض المسالك وقد سمعت
ماحكي من كلام أبي الصلاح ووجه الحكم المذكور ظاهر مما مر فلا معنى لتأمل المولى الأردبيلي فيه
وقد يشبه بما إذا تجددت ينة لمن ماتت ينته وقد عرفت أن له نظائر (ومنها) أيضا ما إذا استمرى المرتهن
عينا من الراهن بدينه فإنه يصبح ويطل الرهن فإذا تلفت العين قبل القبض عاد الدين والرهن عند
جماعة وكذا لو قبضه ثم قايل **قوله** ﴿ولو استحال قبل القبض تخير المرتهن في البيع المشروط﴾ كما
في (التذكرة) حيث قال بطل الرهن وكان للمرتهن الخيار في البيع الذي شرط فيه والذي ينبغي كما في
(جامع المقاصد) أن يكون هذا منزلا على اشتراط القبض في الرهن أما على القول بعدم اشتراطه فلا وجه له
ومثل ذلك صرح في التحرير قال لو رهنه عصيرا فصار خرا قبل القبض بطل الرهن ولا خيار للمرتهن
في البيع الذي شرط فيه إرتهانه عندنا ومن شرط القبض أثبت الخيار ومثل ذلك قال في المسالك **قوله** ﴿فإن عاد خلا عاد الملك والرهن﴾
﴿فإن عاد خلا تعلق حق المرتهن به أن لم نشترط القبض في الرهن﴾ لأن الرهن قد تم لعدم توقف
تمامه على القبض ولم يطل بالكلية بمجرد صيرورته خرا كما عرفت **قوله** ﴿ولو جمع خرا مرقا فتخلل
في يده ملكه﴾ كما في (المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك) وهو الذي قواه في التحرير
بعد الاستشكل وفي (الشرائع) في كونه ملك الثاني تردد ولعله لخروجا عن ملك الأول بصيرورته
خرا وقد خرجت عن أولوية اليد بارتقاها فاتفق تعلقها به بالكلية لأنه أسقط حقه منها وأزال يده
عنها ومن أن الجامع للخمر ممنوع من ذلك ومحرم عليه ويده لا تثبت عليها فلا يصبح ملكه بذلك
قولكم الأول أسقط حقه ليس بصحيح لأنه فعل الاراقة التي أمره الشارع بها (وفيه) أنا نمنع منه من
الجمع على تقدير ارادة التحليل وإنما نمنع على تقدير ارادة استعماله خرا ونمنع كون يده لا تثبت عليها
على تقدير ارادة التحليل ولا نمنع بإسقاط حقه إلا إرقتها وعدم امساكه والجامع لا يملكها إلا بالجمع
بل يكون أحق باليد فإذا صارت خلا في يده قد تجدد له الملك بالاستيلاء على المباح كالاصطياد
فقد تحصل أنه إن جمعه الثاني بنية التخليل ملكه والا فالأول أحق به لأنه قبضه قبضا منها عنه والأول
يده أسبق فتأمل جيدا ويقبل قوله في قصد نية التخليل وعدمه **قوله** ﴿ولو غصب خرا مرقا فتخلل
في يده فالأقرب أنه كذلك﴾ كما في (المبسوط والايضاح) وغصب الكتاب لأنها قد خرجت
عن ملك المصنوب منه ولم يطمته وقد حدثت ملكيتها في يد الغاصب فتكون له كسائر المباحات وهذا
إنما يتم إذا لم تكن محترمة ووجه احتمال كونها للمالك أن يد الغاصب يد عدوان وهذه هي عين

أما لو غصبه عصيرا فصار في يده خرا ثم تخلل فإنه يرجع إلى مالكه (السادس) يجوز أن يستعير مالا ليرهنه (متن)

ملك المالك فتكون له وهو خيرة غصب (التذكرة) وقد يلوح منها الاجماع حيث قال هذا مذهبنا وفي غصب (الخلاف) نفى الخلاف عنه والتحقيق كما في موضعين من جامع المقاصد أي أن كانت محترمة كالمتخذة للتخليل وخمر القمي المسترقاها يتصور فيها الغصب وسلطنة المنصوب منه ثابتة عليها يكون الملك فيها بعد العود خلا للمالك الأول ويجب عليه ردها وبالتخليل يضمن المثل لو تلفت وإن كانت غير محترمة لم يتصور فيها الغصب ولا بقاء السلطنة ولا وجوب الرد فالمالك المتجدد لا يأخذونهم الكلام في باب الغصب وأعلم أن في (التذكرة وجامع المقاصد) وكذا المسالك أن الخمر قسمان محترمة وهي التي اتخذت للتخليل فإن إبقائها لذلك جائز إجماعا ولأنه لو لا احترامها لآدى ذلك إلى تعذر اتخاذ الخل لأن العصير لا ينقلب إلى الحموضة إلا بتوسط الشدة فلم يحترم وأدركت في تلك الحال لتعذر اتخاذ الخل وكلامهم هذا قد يعطى أنه مأمّن خل إلا ويصير خرا قبل انتهاء الحموضة وهو قضية كلام جماعة من المتقدمين كما بيناه في رسالة العصرة في العصور وبينا فيها أيضا معنى العصور وأنه غير خاص بالاستخراج مائه وأما غير المحترمة فهي التي اتخذت لنرض الخمرية وهل تجب أراقها للشافعي فيه قولان وعندنا تجب أراقها كما في التذكرة فلم ترقها حتى تخللت طيرت عندنا **قوله** (أما لو غصبه عصيرا فصار خرا في يده ثم تخلل فإنه يرجع إلى مالكه) بلا خلاف كما في (غاية المرام والمسالك) ويرد معه إرش النقصان أن قصرت قيمة الخل وهل يجب دفعه إلى المنصوب منه إذا صار خرا في يد الغاصب الظاهر ذلك لبقاء الأولوية لا يمكن إرادة التخليل إلا أن يعلم منه إرادة الشرب ويجب على الغاصب أيضا رد مثل العصور كما هو واضح فإن صار خلا في يد المالك وجب عليه رد المثل على الغاصب لأن الأجزاء عين ماله والمانع من ملكيتها الخمرية وقد زالت فيكون الملك بعينه قد عاد وإن حدث له صورة أخرى نعم لو قصص وجب الارش وقد استوفينا الكلام في باب الغصب (وليعلم) أن الخمر قد يذكر كما في (الهاموس) وغيره قلنا ذكر المصنف والشيخ في المبسوط والمحقق والشهيد الضمائر في هذه المباحث ولا ريب أنها تؤنث وإن تأنيثها سماعي ولم ينسب إنكار التذكير في (المصباح المنير) إلا للاصمعي بل ظاهر الكتاب المذكور أنها على حد سواء قال الخمر معروفة ويذكر ويؤنث فيقال هو الخمر وهي الخمر وقال الاصمعي الخمر أنثى وأنكر التذكير انتهى ولم يتعرض في (الصحيح) لشيء منهما وكيف كان فلا تنبغي المبادرة إلى الإنكار على أساطين الأصحاب والاشارة إلى التذكير خلاف الصواب **قوله** (يجوز أن يستعير مالا ليرهنه) لا أجد خلافا في صحة هذا الرهن إلا من ابن شريح حيث قال فيما حكى عنه على القول بأنها عارية لا يصح رهنه لأنها غير لازمة ولعله غير مخالف في أصل الحكم ولذلك قال ابن المنذر فيما حكى عنه أنه إجماع كل من يحفظ عنه العلم انتهى وفي (المسالك) أجمع العلماء على جواز رهن المال المير باذنه على دينه في الجملة ومثله ما في المفاتيح وفي (مجمع البرهان) لا شك في أنه جائز مجمع عليه وقد اختلفوا في سبيل هذا المقدم فتدنا كما في موضعين من التذكرة أن سبيله سبيل العارية وبه صرح في المبسوط وعارية التذكرة أيضا وكذا جامع الشرائع وعارية التحرير وهو ظاهر أكثر الباقيين وحكاه في (الايضاح) عن والده والمحققين وحكى في (المبسوط) قولاً بأنه على سبيل الضمان المعلق بالمال

فيذكر قدر الدين وجنسه ومدة الرهن (متن)

وهذا حكمه في التذكرة عن بعض الشافعية ومعناه ان سيد العبد ضمن دين الغير في رقبة ماله من غير تعلق بالذمة وهذا المعنى فاسد لانه لو قال التزمت دينك في رقبة هذا العبد بطل كما ستسمع الا أن يقال في توجيهه كما في (الدروس) أن المير أناب المستعير في الضمان عنه ومصرفه هذا المال وجه الاول انه قبض مال غيره لمنفعة نفسه منفردا بها فكان عارية كما لو استعاره للخدمة وان الضمان انما يثبت في الذمة ولا يثبت في رقبة العبد كما قلتم لانه لو قال التزمت دينك في رقبة هذا العبد بطل ولا استبعاد في افضاء العارية الى اللزوم كاعارة الارض للدفن والجذع للبناء وقد لا قول باللزوم كما ستسمع ووجه الثاني قياسه على ما لو أذن لعبد في ضمان دين غيره فصح الضمان مع فراغ الذمة وكما ملك الزام ذمة العبد دين الغير له أن يملك الزامه غرما له والجامع كون كل منهما محلا للحق والتصرف ولأن الحق المتعلق بالذمة ينبغي أن يتعلق مثله بالرقبة كالمالك والاولى أن يستدل له بأن العارية تقتضي استيفاء المنفعة مع بقاء المين ولا تقتضي بيعها ومقتضى هذا العقد ومنعته بيع المين واخراجها عن الملك فباين العارية وان شابهها صورة ولا مانع بعد قيام الاجماع على الصحة من استعمال الشارع صيغة عقد في آخر وأما ما استدلوا به (فيه) أن مانع فراغ ذمة المولى في القيس عليه والضمان عندنا مستقل بنفسه يتعلق بالذمة لا بالمال وثمرة هذا الخلاف كما في المبسوط والدروس في أنه هل يجب ذكر قدر الدين وجنسه وحلوله أو تأجيله أم لا قال في (المبسوط) من قال انه ضمان قال لا يجوز الا أن تكون هذه الاشياء معلومة لانه لا يجوز ضمان مال مجهول ومن قال هو عارية جوز مع الجهالة لأنه يجوز أن يستعير عبدا للخدمة ويستخدمه فيما شاء من الاعمال ولا يجب ذكر المدة فيه ونحوه ما في الدروس لكن حكى في التذكرة عن الشافعي القائل بان ضمانه انه قال لا بد من ذكر هذه الاشياء لاختلاف أغراض الضمان (الضامن خ ل) لاحتمال ان يرهنه على أضعاف قيمته وعلى مدة تزيد على عمره وهو غرر عظيم وقد جعل في المبسوط أكثر فروع هذه المسئلة من ثمرات الخلاف (منها) ما اذا رهنه على دين مؤجل قال فليس للمالك العبد اجباره الراهن على الفك على القول بالضمان كمن ضمن ديننا مؤجلا فانه لا يطالب الاصيل بتعجيله لبراء ذمته وان قلنا انه عارية كان له مطالبته بفك لان العارية لا تلزم (ومنها) ما اذا باعه المرتهن بأقل من ثمن المثل مما يتغابن بمثله قال فلي العارية يرجع بقيمة تامة وعلى الضمان يرجع بما بيع به وكذا اذا بيع بأكثر منه فلي الضمان يرجع بالجميع وعلى العارية يرجع بقدر قيمته (ومنها) أيضا ما اذا رجع عن الاذن بعد القبض كما يأتي بيان ذلك كله بحول الله وقوته ~~قوله~~ ~~﴿ فيذكر قدر الدين وجنسه ومدة الرهن ﴾~~ اذا أذن في الرهن فان سوغ له الرهن كف شاء جاز للراهن أن يرهنه على أي مقدار شاء وعند أي مرتهن شاء وكيف شاء من حلول أو تأجيل أي أجل شاء كما صرح به جماعة لأن تسليم هذا النوع من التصرف يجري مجرى التخصيص على كل واحد من الجزئيات وان خص البعض وعم الباقي ينحصر ما خصه ولا يجوز له التجاوز الا مع العلم برضا المالك والقبطة له وساغ التصرف في الباقي كيف شاء كما سيأتي بيانه وان أطلق الاذن ولم يقيد بتعميم ولا تخصيص احتمل الجواز للاطلاق واتقاء التخصيص لعدم الاولوية بالبعض دون البعض فيتخير كما لو عم وهو خيرة التحرير وجامع الشرائع في آخر كلامه وظاهر اطلاق الشرائع والارشاد والذمة وجمع البرهان وصريح المبسوط

فإن خالف فللمالك فسحه والا فلا ولو رهن على أقل صح وعلى أكثر يحتمل البطلان مطلقا وفيما زاد (متن)

والدروس أن جعلناه عارية كما سمعت آقا وصمعت ماحكاه في التذكرة عن الشافعي القائل بأنه ضمان ثم أن الظهور من إطلاقات الكتب الأربعة ليس بالمكاته منه واحتمل البطلان والمنع لما فيه من التفرير بالمالك لاحتمال أن يرهنه على أضفاف قيمته وإلى مدة تزيد على عمره ولا غرر أعظم من ذلك فلا بد من ذكر هذه الأشياء كما هو ظاهر الكتاب في الباب والعارية وصريح التذكرة في المقام والعارية وجامع المقاصد وهو المحكي عن ابن المتوج وفي (المسالك) أنه أولى ولم يرجح في الروضة ولا عارية التحرير ثم أنه في التذكرة ذكر الثلاثة التي في الكتاب وزاد الصفة التي هي غير صفة الحلول أو التأجيل أن كان قوله وغيرها بالتبعية وإن كان بالتأنيث يكون زاد الصفة وغيرها كعينين من يرهن عنده لا شراك العلة لاختلاف الناس في ذلك اختلافا شديدا وإن كان حكى فيها عن العامة خلافا فيه ولم يفت بشيء وحكى عن ابن المتوج أنه لا بد من تعيينه وفي (جامع المقاصد) لا بأس بوجوب تعيينه وزدت الصفة في المسالك والروضة على تقدير احتمال الوجوب ويبقى الكلام في قول المصنف فيما بعد ولو لم يبين تخيير الراهن فإن ظاهره المخالفة لما استظهرناه منه هنا ومن العبد جدا أن يقال ن التعيين واجب ولو أدخل به تخير تمسكا بظاهر الإطلاق فيكون جميعا بين الكلامين فإنه جمع غير واضح وقد يكون مراد المصنف أنه يجب التعيين إذا علم من حال المالك إرادته وبدونه حيث يقع باطلا وإن لم يعلم حاله ولم يعين تخيير فيكون مواظقا للقول الآخر فتدبر بل قد تقول أن مراد الجمع ما عدا بعضا أنه إنما يجب الذكر والتعيين فيما يعلم من حال المالك إرادته دون غيره كما ينبغي عنه تعميم بما إذا أذن له في الرهن على مائة عند من شاء وكيف شاء لم يميز له مخالفته وكذا لو عين المدة أو غيرها ويكون ذكرهم للثلاثة أو الأكر بقاء على الغالب أو على التنبيل فليحظ ذلك وقد يرتد إلى ذلك عدم ذكر جماعة المرتهن والصفة قوله **﴿فإن خالف فللمالك فسحه﴾** كما في (الدروس وعارية التحرير) وفي (المبسوط وجامع الشرائع) أبصح وأمله بناء في المبسوط على ما يختاره من عدم صحة الفضولي وفي (جامع المقاصد والمسالك والروضة) كان فضوليا وفي (التحرير) لا تجوز المخالفة وفي (التذكرة) إلا مع العبطة وفي (التحرير) أنه لو أذن في الحال فرهن في المؤجل لم يصح **﴿قوله﴾** **﴿والأفلا﴾** هذا قد يعطى بأن العارية للرهن لازمة من دون توقف وقوله فيما يأتي قريبا وقبله اشكال يقتضي التردد في كونها لازمة (ويجواب) بأن النسخ بمعنى الرجوع في الأذن غير الطالبة بالملك لأن المطالبة بالملك لا تنافي لزوم الرهن كما ستسمعه عن جماعة والمحقق الثاني في آخر المسئلة فهم اتفاني بين المتأمنين ومستعرف حقة المال **﴿قوله﴾** **﴿ولو رهن على أقل صح﴾** كأنه مما لا خلاف فيه وبه صرح في (المبسوط والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس) وغيرها لتبوت الأذن في الأقرب بطريق آخر **﴿قوله﴾** **﴿أكثر يحتمل البطلان مطلقا وفيما زاد﴾** إذا رهنه على أكثر مما أذن له في رهنه عليه فقد احتل المصنف البطلان بمعنى عدم لزوم بدليل ما سبق فيما لو خالف المأذون فيه وهو خيرة الدروس على الظاهر وحكاه في المبسوط عن بعض الناس لأنه تصرف غير مأذون فيه وأما احتمال البطلان فيما زاد فهو خيرة المبسوط وكذا التحرير على اشكال له فيه واحتمله في الدروس ولم يرجح في التذكرة

ولو لم يبين تخير الراهن في رهنه بما شاء عند من شاء الى اي وقت شاء وللمالك مطالبته
بالتك عند الحل وقبله اشكال (متن)

وجامع المقاصد شيء منها كالكتاب وفي بعض نسخ جامع المقاصد يجب أن يستثنى من هذه المسئلة ماله
رهنه بالزائد وبكل جزء منه فانه رهن بالمقدار المأذون فيه على وفق الاذن والزائد موقوف ويكون موضع
الوجهن ما اذارهنه على الجوع ثم انه استشكل في الصحة لانا اذا قسنا الاجزاء على الاجزاء يكون بعضه
رهنا بالمأذون فيكون خلاف الاذن لان الاذن اقتضى رهن جميعه بالمأذون فيه وفي نسخة أخرى المتجهاته ان
رهن على الاكثر وعلى كل جزء منه يصح في المأذون فيه وبطل في الزائد وجها واحدا وان رهن على الاكثر
مقتصر على ذلك فالمتجه البطلان مطلقا ونحن نقول اذا رهن على الاكثر وكل جزء منه احتمال الوجهن
البطلان في الجميع لمكان المخالفة كما لو باع الوكيل بالثمن الفاحش كما اذا باع ما يساوي مائة
بخمسين قانا لا نقول انه يصح من المبيع في القدر الذي يساوي الثمن وهو نصفه مضافا الى تبعض
الصفقة على المرتين فقد صح أن يكون موضع الوجهن ما اذا رهنه على كل جزء جزأ والوجه الثاني
البطلان في الزائد ووجه شبهه بالمأذون وغير المأذون ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يبين تخير الراهن ﴾ هذا
تقدم الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللمالك المطالبة بالتك عند الحل ﴾ على القولين كما في (المبسوط
والتذكرة) فكأنه اجماعي ولا فرق بين أن يكون مؤجلا فيحل أو حالا من أصله كما في
(المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس) لانه لم يدفعه لملكه المستعير بل لينتفع به ويرده والعارية
وان لزم بالنسبة الى الرهن عند القائل بذلك لكن لزوما غير مانع من المطالبة بالتك بعد الحل
فقد وجد مقتضى وانتفى المانع لمكان الاستصحاب وعلى القول بالضمان فلا ضمان أن يطالب المضمون
عه فكأنه ليخلص نفسه من الضمان اذا ضمن بأمره وكان مال الضامن حالا كل ذلك مع قدرة
المدين وعبرة الكتاب كالمبسوط وجامع الشرائع والروضة والمسالك ان المطالب بالتك انما هو
الراهن وهو ظاهر اطلاق التحرير والدروس وقد يقال انه اذا حل الاجل وأهل المرتين الراهن
ان للمالك أن يقول للمرتين اما أن ترد مالي علي أو تطالب الراهن بالدين ليؤديه فيك الرهن كما اذا
ضمن ديننا مؤجلا ومات الاصل فللضامن أن يقول اما أن تطالب بمحكك من التركة أو تبرئي
﴿ قوله ﴾ ﴿ وقبله اشكال ﴾ كما في (التلخيص) يتأ من أنه عارية فله المطالبة متى شاء لان ماهية
العارية تقتضي عدم اللزوم وهو خيرة المبسوط والتذكرة في المقام كما يظهر لمن تدبر والسرائر
وجامع الشرائع وعارية التحرير والتذكرة ومن انه أذن في عقد لازم فلزم لان الاذن في عقد لازم
يوجب على الاذن الوفاء به فليس له المطالبة قبل الاجل لمافاته لمقتضى الرهن المأذون فيه وهو خيرة
التحرير في المقام وجامع المقاصد وظاهر المسالك والروضة وعارية الايضاح وحواشي السعيد ورهن
المفاتيح واستشكل في عارية الكتاب وهذا بناء متاع على كونه عارية وعلى فرض اجابة المرتين للمتمسه
من قبول قبض الدين والتك قبل الاجل أما الثاني فواضح وأما الاول فلأن أصحابنا على انه عارية
فكيف ينفي استحکامهم على رأي غيرهم فليحفظ ذلك وستسمع الكلام في بيان الثاني مستوفى وأما على
القول بأنه ضمان فلا مطالبة له قبل الاجل كما اذا ضمن ديننا مؤجلا فانه لا يطالب الاصيل بتعجيله
لأبراء ذمته وفي (المبسوط والتذكرة) بين الجواز وعدمه على القول بالعارية والضمان ولما كان خيرة

وللمرتهن البيع لو لم يقبضه الغريم فيرجع المالك على الراهن بالاكثر من القيمة وما يمت به
وللمالك الرجوع في الاذن قبل العقد وبعده قبل القبض ان جعلنا القبض شرطا (متن)

الكتابين انه عارية نسبتا اليها الجواز وكذلك صنع الشهيد في الدروس حيث نسب اليها الجواز على
انه في موضع آخر من التذكرة صرح بالجواز وقضية كلام المبسوط والتذكرة وكل من قال بالجواز
ان العارية غير لازمة وان ذلك لا يتنافي لزوم الرهن وفي (جامع المقاصد) بني الاشكال على ما بناء عليه في
المبسوط ثم حقق انه عارية لازمة وفي (الايضاح) في المقام كلام كأنه غير ملتزم الاطراف عند
امعان النظر فيما وجه به الاشكال وبني البحث عليه ~~قوله~~ وللمرتهن البيع لو لم يقبضه الغريم
فيرجع المالك على الراهن بالاكثر من القيمة وما يمت به ~~كما في~~ (جامع الشرائع والتحرير والتذكرة
وللدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان) وهو خيرة المبسوط عند ملاحظة اطرافه قطعا وهو الذي فهمه
مولانا المقدس الاردبيلي من عبارة الارتداد وعبارة الشرائع مثلها كما ستسمعها وهو خلاف ما فهمه منها
في المسالك كما ستسمعه وبيان ذلك انه اذا باعه على وجه يصح بوكالة أو استئذان من المالك
أو الحاكم فان باعه بقيته رجع المالك بذلك على القولين كما في (التذكرة) وان يبع بأقل من ثمن
المثل بما لا يتغابن بمثله بطل وان كان مما يتغابن بمثله صح وضمن النقيصة فيرجع المالك بتمام القيمة
على القول بالعارية لان يبعه بأقص من القيمة كان لاجل مصلحة الراهن في وفاء دينه وأما القول
بالضمان فلا يرجع الا بما يبع به لانه لم يقض من الدين الا ذلك القدر والضامن انما يرجع بما غرمه
فتأمل فيه وان يبع بأكثر استحقه لانه ثمن ملكه لان العين باقية على ملكه الى زمان البيع وقال في
(المسالك) في شرح قوله في الشرائع ولو يبع بأكثر من ثمن مثله كان المطالبة بما يبع به لا يتصور بيعه
بنقصان عن قيمته فعبارة المصنف بثبوت الزيادة عن ثمن المثل أجود من عبارة القواعد بأنه يرجع بأكثر
الامرين لايهاما امكان يبعه بدون القيمة وهو ممتنع بخلاف الزيادة لامكان اتفاق راغب فيها فيزيد
عن ثمن المثل بحيث لولا ظهوره لما وجب تحريمه لكونه على خلاف العادة المعروفة في ثمن مثله وربما
فرض نقصان الثمن عن القيمة مع صحة البيع بسبب قلة الراغب في الشراء مع كون قيمة المال في
ذلك الوقت والمكان عند ذوي الرغبة أزيد مما بذل فيه ويشكل بأن المعترف في القيمة ما يبدل في
ذلك الوقت لاما يمكن فان كان الذي باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك سواء والا لم يصح
"بيع اتهمي (وفيه) ان من الذي يسوغ يبعه به ما اذا باعه مما يتغابن به ولسنا نريد بالاقتصار أكثر من
ذلك فلم يكن هناك اشكال (واورد في جامع المقاصد) اشكالا وهو ان البيع اذا كان برضا المالك
لم يستحق الا الثمن والا كان باطلا (وأجاب) بان خصوص ذلك البيع ليس برضا المالك لانه صار حقا
لازما باذنه حتى لو صرح بعدم الرضا لم يعتد به فيجب حينئذ ان يضمن له كمال حقه حذرا من الضرر
ولا يخفى ان ضمان القيمة حيث يكون الثمن أقل منها انما هو في القيمي فلو كان أقل منها في المثلي
فالضمان بالمثل ~~قوله~~ وللمالك الرجوع في الاذن قبل العقد وبعده قبل القبض ان جعلنا
القبض شرطا ~~كما في~~ كان الاولى ذكر هذا عند قوله وللمالك المطالبة فيقول بعد ذلك وله الرجوع ويحتمل
من ذلك انتظام أحكام المرتهن في سلك واحد وقد حكى الاجماع في التذكرة على ان للمالك
العبد الرجوع في الاذن قبل الرهن ولا ريب ان له الرجوع بعد العقد وقبل الاقباض ان قلنا انه شرط

ولو تلف في يد المرتهن فالأقرب سقوط الضمان عنه (متن)

في الصحة أو لزوم كما أطلق في الكتاب وغيره ووجه ظاهر وأما إذا قلنا انه ليس شرطا أو كان الرجوع بعد العقد والقبض فلا يصح له الرجوع على القول بالضمان وكأن العامة لا يختلفون في ذلك وأما على القول بالعارية فكذلك كما في (المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير والمعة والمسالك والروضة) وهو قضية كلام الدروس لانه لا دليل على فسخ العقد بعد لزومه قوله ~~لو تلف في يد المرتهن~~ فالأقرب سقوط الضمان عنه ~~لو تلف في يد المرتهن~~ كأن الكلمة متفقة على سقوط الضمان عن المرتهن لو تلف في يده قال في (المبسوط) لو هلك عند المرتهن أو جنى قباع في الجناية ضمنه الراهن على القول بالعارية لا على القول بالضمان وقضيته ان لا ضمان على المرتهن مطلقا ونحوه ما في التحرير حيث قال لو تلف في يد المرتهن غير تفریط رجوع على الراهن بالقيمة وينفي الضمان عن المرتهن صرح في عارية الكتاب وفي (الشرائع والارشاد) ضمنه الراهن بقيته ان تلف ومن المعلوم انه في يد المرتهن غالبا فيكون تلفه في يده وقد قيد في المسالك عبارة الشرائع بما اذا كان بعد الرهن وفي (المعة) يضمن الراهن لو تلف وقضيته ان المرتهن لا يضمن وقيدتها في (الروضة) بما اذا كان بعد الرهن وفي (الدروس) اقتصر على قتل كلام المبسوط وفي (المسالك) لا يضمن المرتهن غير تفریط وفي (التذكرة) لو تلف في يد المرتهن فان كان غير تفریط فلا ضمان عليه لان المرتهن أمسكه على انه رهن لاهارية والمرتهن أمين لا يضمن ما يلف في يده من الرهن وهذا كله يشهد لما فسر به السيد عبد الدين عبارة الكتاب قال السيد في (كنز الفرائد) مراده انه لو تلف الرهن للمستأجر في يد المرتهن فاقرب الوجهين انه لا ضمان على المرتهن لانه أمين لا يضمن الا بالتفريط وأضعفها الضمان لان العارية للرهن مضمونة ويد المرتهن مترتبة على يد الراهن المستعير وهي يد ضمان فتكون المترتبة كذلك وقال في (الايضاح) هذه المسئلة موضع اشتباه قال المصنف قدس سره لي في الدروس حيث حققت البحث عليه ان هذه المسئلة فرع على قوله والملك مطالبته بالفك عند الحلول وقبله اشكال وتقريره ان بعد الحلول اذا كان الراهن موسرا فله الملك الزامه بالافتكاك فان جعلناه عارية أو غلبنا عليه العارية كالخيار والذي والمحققين فهل له الرجوع فيها قبل الافتكاك قيل نعم لان العارية ماهية تقتضي عدم اللزوم فاذا رجع قيل له مطالبة المرتهن بأن يلزم المديون بماله أو يرهن غيره يقوم مقامه ليخلص له عين ماله اذ قبض المرتهن مبني على ايمارية وقد بطلت فاذا أهمل المرتهن وأمسك الرهن في يده ضمن والاقوى انه ليس له ذلك لانه أذن في عقد لازم فيلزم فلا يضمن المرتهن وهو الأقرب بل هو الاصح فهذا وجه قول المصنف فالأقرب سقوط الضمان عنه (قلت) اذا لم يكن له الرجوع ولا مطالبة المرتهن فلا وجه لاحتمال الضمان على هذا التقدير فلا معنى لتخصيصه بترتب الحكم عليه الا أن يقال ان بناء الأقرب على ثبوت الرجوع و - ان المطالبة ومقابله يعني غير الأقرب مبني على عدم ذلك فيكون الأقرب مبنيا على اللزوم ومقابله على عدمه فلم يكونا من واحد ثم قال في (الايضاح) وأما قبل الحلول فعلى تقدير أن يدفع الراهن على يجب على المرتهن القبول بمحتمل ذلك لانها عارية لا تلزم فلا يلزم المبني عليها والاصح انه لا يجب فعلى الاول يعني وجوب القبول اذا لم يأخذ المرتهن المال فتلف الرهن في يده ضمن وعلى الثاني لا يضمن وهو الاصح (قلت) اذا لم يجب القبول لم يبق احتمال لغير الأقرب الا ان تقول ان الأقرب مبني على

ويضمنه المستعير وان لم يفرط بقيمته (متن)

وجوب القبول وغير الاقرب مبني على عدم الوجوب كما مر مثله في ما بعد الحلول ثم ان وجوب قبول الدين قبل الاجل لا قائل به الا من شذ من تأخر عن تأخر كما عرفت وان اراد وجوب قبول رهن عوض الرهن (فيه) ان العارية ان كانت لازمة لا يجب وان لم تكن فجواز الرجوع ثابت من دون عوض فكيف مع العوض بل لا وجه لتخصيص ذلك بما اذا دفع الراهن لان ذلك جائز دفع او لم يدفع ان كانت جائزة والا فلا على كل حال (ثم قال في الايضاح) قال والذي يمكن توجيه هذه المسئلة بان تقول على القول بانها عارية له الرجوع مطلقا اي قبل الحلول وبعده فلا يبطل الرهن فلا يجوز للمرتهن امساك العين بل يجعلها بقول الحاكم او باتفاقها عند عدل ينصبه الحاكم لقبضها فان لم يفعل المرتهن كان ضامنا (قلت) فتكون المائدة في رجوعه عن الرهن رفع يد المرتهن عن الرهن لا غير وهو بعيد عن العبارة وتكون المسئلة مبنية على أن العارية لازمة أو غير لازمة واحتمال فرض المسئلة فيما لو رضي المرتهن بقبول الدين أو البديل خلاف ظاهر العبارة مع ما فيه من مفاسد آخر (وكيف) كان فأقسام المسئلة على هذه الاحتمالات أن يقال تلف الرهن في يد المرتهن اما أن يكون قبل الحلول أو بعده وعلى الاول اما أن يدفع الراهن الدين أولا وعلى الثاني اما أن يكون بعد الافتكاك أو قبله وعلى الثاني اما أن يكون المير قد طالب المرتهن بأن يلزم الراهن بالافتكاك فأهل أولا أو يكون قد طالب الراهن بالافتكاك وعلم المرتهن ولم يلزمه به أولا يعلم وعلى التقادير اما أن يكون الرهن أزيد من الدين أو مساويا أو أنقص والراهن اما موسرا أو معسرا وعلى التقادير اما أن يكون من باب الضمان أو العارية اللازمة أو غير اللازمة مع لزوم الرهن أو عدم لزومه ولما كان فرض المسئلة في عدم التفريط لم يتوجه التمرض للتشقيق فيه فعلى القول بأنه من باب الضمان فالظاهر أن لا ضمان على المرتهن ولا الراهن أما الاول فظاهر على جميع الاحتمالات وأما الثاني فلا لأنه تلف من مال له لم يقض عنه شيئا والضامن انما يرجع بما أدى ولم يسقط الحق عن ذمة الراهن كما حكى عنهم ذلك في المبسوط وغيره وأما على القول بأنه عارية فأحكام هذه الاقسام لا تخفى بعد ما ذكرناه عند التأمل التام قوله ﴿ ويضمن المستعير وان لم يفرط ﴾ ظاهر (المالك) الاجماع عليه وقد سمعت كلام الاصحاب وانه ظاهر في ذلك في صدر المسئلة المتقدمة في باب مقتضى العارية من وجوب الرد وافضاؤها الى التلف بوجوب ضمان العوض وهو صريح الايضاح وجامع المقاصد والمغايير وفي عارية التحرير لم يكن على أحد ضمانه وقد احتمله في ذلك لانها امانة عندما قال الا أن تقول الاستعارة المعرضة للتلف مضمونة (قلت) هو كذلك كما سنع في ما اذا تلف قبل أن يرهن وفي عارية الكتاب يضمن المستعير في المضمونة وهذا على القول بأنه عارية وان التلف بعد الرهن وأما على القول بالضمان فلا ضمان كما سمعت وظاهر اطلاقهم في الماتم انه أي المستعير يضمن اذا تلف في يده بعد فكه وهو كذلك لما سنع من ظهور دعوى الاجماع على انه عارية مضمونة والمصنف في آخر كتاب الرهن من التذكرة استقر بعدم الضمان لان حفظ العين حينئذ بأذن المالك فصار كلامين وفيه نظر واضح متعرفه قوله ﴿ بقيته ﴾ كما (في الشرع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد) وغيرها يوم التلف كما في (المسالك والروضة) وذلك بجامع المقاصد واحتمل في التحرير ضمانها يوم الاقباض أو بأعلى القيم على اشكال والاصح

وكذا ان تعذر اعادته ولو لم يرهن قبي الضمان اشكال (السابع) لو قال اذنت لي في رهنه بعشرة فقال بل بخمسة قدم قول المالك مع اليمين (الثامن) لا يصح رهن المجهول (متن)

انه يضمنه بها يوم التلف لانه باق على ملك الغير وليس بأسوه حالا من الغاصب وتام الكلام يأتي في محل آخر وذلك في القيمي لا المثلّي ﴿قوله﴾ ﴿وكذا ان تعذر اعادته﴾ لنصب ونحوه كافي (الشرائع والتحرير) في أول كلامه والمسالك وظاهر الكتاب والشرائع ان تعذر الرد في حكم التلف مطلقا ما عدا يمه في الرهن كما هو صريح المسالك وقد صرح في التحرير وقال المبسوط انه اذا جنى العبد وبيع في الجناية انه يرجع بقيمته وهو يوافق اطلاق الشرائع والكتاب ولعله مبني على الغالب من يمه بقيمته والا فالظاهر أن المالك يرجع بالاكثر من القيمة واليمن فليتأمل جيدا ﴿قوله﴾ ﴿ولو لم يرهن قبي الضمان اشكال﴾ الاقوى انه يضمن كما في (التذكرة) في موضع منها وتراعى الشاهد وجامع المقاصد وكاد يكون صريح التحرير وهو ظاهر مجمع البرهان لانه عارية مضبونة عندنا كما في التذكرة وقد نص الاصحاب على انها عارية مضبونة كما في الايضاح وذلك يقتضي انها تضمن بمجرد القبض ولانه قبضها للاتلاف في دينه فهو قبض ضمان فيكون المتقضي للضمان هو القبض لذلك لا الرهن في الدين فكان كالقبض بالسوم وفي (المسالك والروضة) لا يضمن الا بالانريط ﴿قوله﴾ ﴿سمعت ما في الدروس وعارية التحرير وفي (التذكرة) بعد تسع وعشرين قاعة كما قلناه عنه استقر بدم الضمان على الرهن في أول عنوان المسئلة ثم استشكل ثم استقر بعدم ووجه انه اذا لم يضمن الا بالرهن وانه انما يضمن بالتعريض للاتلاف وسببه الرهن والسبب لا يتقدم على السبب وجوابه أن الموجب انما هو القبض على سبيل الضمان كما في كل عارية مضبونة ويزيد أن هذا ضربه بالماوضة كما في الايضاح وما ذكره لم يعلم لحال فما اذا تلف في يد الراهن بعد فكه وطلب المالك له كما أشرنا اليه آنفا ﴿قوله﴾ ﴿لو قال اذنت لي في رهنه بعشرة قل بل بخمسة قدم قول المالك مع اليمين﴾ للأصل ولانه منكر لزيادة ما يدعيه المستعير والأصل براءة ذمته من وجوب اقبائه حتى يوفي العشرة وكان الاول أن يجمعه تذنيا لانه فرع الفرع لا فرعاً برأسه وقد يستشهد له بالاخبار والاجماع الدالة على عدم الرهن فيها اذا اختلف هو والمرهن في مثل ذلك كأن قال الراهن رهنه بخمسة وقال المرتين بعشرة كما استسمع ذلك ان شاء الله تعالى عند تعرض المصنف له ﴿قوله﴾ ﴿لا يصح رهن المجهول﴾ قل في المختلف قال الشيخ لو قال رهنك هذا الحق بما فيه لم يصح فيه فله لتجمل به وهذا يشترع رهن المجهول والاولى عندي المواز عملا بالأصل لدال عليه نعم ان شرطه بينه فلو قال رهنك أحد هذين بطل انتهى (قلت) نفى في الخلاف الخلاف عن عدم صحته فيه في الحق وظاهر انه اجماع المسلمين كما هو عادته وصرح في (المبسوط) في موضعين بدم جواباً عن المجهول وفي (التذكرة) لو كان ما في الحق مجهولاً لم يصح الرهن قطعا في الظروف خاصة للجهل على أشكال ويصح الرهن في المثلّي عندنا وان تفرقت الصفقة اذا كان له قيمة منصوصة وان تحقق اتمه في حواشيه واقتضاه المحقق الثاني من أن المجهول من جميع الوجوه أو من بعضها بحيث يمنع من توجه التمسك اليه لا يصح رهنه وما في الحق كالنساء من المطيع لا يتوجه اليه ساليهما وأما المجهول لا كذلك كهذه الصبرة اذا لم يعلم قدرها فلا بأس به لان عقد الرهن ليس من العقود المبذرة على

(التاسع) لو غصب عينا ثم باعها أو رهنها أو وهبها أو أجزها ثم ظهر مصادفة التصرف الملك بميراث أو شراء وكيل وشبهه صح التصرف (العاشر) لو رهن ماله الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال كوهوب له الرجوع فيه وكالبائع مع افلاس المشتري اما لو رهن الزوج قبل الدخول نصف الصداق فإنه باطل (متن)

المغابنة لان ذلك في عقود المعاوضات التي يطلب فيها كل من المتعاضدين غبن صاحبه لأن الرهن مبني على قبول الغبن لان الراهن مغبون للمرتهن قال في (التذكرة) الراهن والواهب مغبوتان والمهب والمرتهن مرتفعان ولا خيار لهما عند الرؤية كما اذا رهنه المال الغائب أو وهبه له لا تنفأ الحاجة اليه ومعلوم أنه لا خيار لهما باعتبار هذين العقدين أما لو شرط كل من الهبة والرهن موصوفين في عقد البيع مثلا فظهرت بخلاف الوصف ثبت الخيار بالمعارض قوله **لو غصب عينا ثم باعها أو وهبها أو رهنها أو أجزها ثم ظهر مصادفة التصرف الملك بميراث أو شراء وكيل وشبهه صح التصرف** إذا أوقع الناصب بعض هذه ظانا لزومها وعدم توقفها على اجازة المالك ثم ظهر سبق ملكه للعين على التصرف صح وكان القصد الى ذلك كافيا ولا يحتاج الى اجازة كما قلنا فيما اذا شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن اللزوم فرهن وقد سمعت قول المصنف هاهنا ان له الرجوع كما في بعض النسخ وان كان ممن يعتد توقفها على اجازة المالك فالظاهر توقفه على الاجازة لانه قصد البيع الموقوف على الاجازة دون المنجز وقد سبق في باب البيع ما اذا باع مال أبيه بظن حياته فإن ميتا ان فيه وجوها ثلاثة وان الاقوى الصحة وأما لو سبق التصرف للملك فعلى المشهور من كشف الاجازة يكون باطلا لتضاد الملكين من شخصين لشيء واحد بعينه وقد تحقق أحد الضدين وهو ملك الناصب فينتفي الآخر وعلى القول الآخر من أنها ناقلة يصح وهل توقف على الاجازة احتمالا **لو رهن** الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال كوهوب له الرجوع فيه **لو رهن الموهوب في موضع يصح فيه الرجوع يصح كرهن ما فيه الخيار وفاقا للإيضاح والدروس وجاءم المقاصد وكذا حواشي الكتاب الاصل ووجود مقتضي وانفناء ما ينده الخصم مانعا وعدم الفرق بينه وبين ما فيه الخيار فكما صح فيه صح فيما نحن فيه ولانه يصدق كل ملك يبيع غير من هو له من التصرف فهو ملك لازم ويلزمه بعكس العوض على رأي التمداء كل مال ليس بملك لازم فهو ليس بملك مانع غير من هو له من التصرف فيه وهو الصحة انه ليس ملكه قل الرجوع فيه والرهن مشروط بالملك فيتأخر عنه فلو كان علة فيه لم عليه فيلزم الدور وهو معنى ما يقال ان الرهن موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن الرهن (وقد أجاب) الشهيد عن مثل ذلك فيما اذا باع ذو الخيار ماله فيه الخيار بأنه دورعية كما بناء في باب الخيارات عند قوله والاقرب صحة العقود وهو معنى قوله في الايضاح أن الجزء الاول من عقد الرهن علة في الرجوع والمالك ومجموعه علة لصحة الرهن وهو مشروط بالملك فلا دور انتهى فتأمل ونحن نقول المحصل للفسخ والمالك القصد المقارن فيحصلان قبيله كما هو الشأن فيما لو وطئ البائع أو أعتق أو وهب في مدة الخيار فانا لا نقول ان وطئه محرم ولا أول جزء منه وقد استوفينا الكلام في المسئلة في بيع ذي الخيار وباب الهبة **لو غصب عينا ثم باعها أو رهنها أو أجزها ثم ظهر مصادفة التصرف الملك بميراث أو شراء وكيل وشبهه صح التصرف** وكالبائع مع افلاس المرتهن **لو رهن عين ماله التي وجدها عند المفلس كان الرهن صحيحا لانه برهنه لما قد رجع بها****

(الحادي عشر) لو رهن الوارث التركة وهناك دين فالأقرب الصحة وإن استوعب ثم إن قضى الحق والأقدم حق الديان (متن)

وفسخ العقد وفي بعض نسخ الدروس لو رهن غريمه المفلس عينه التي له الرجوع فيها قبله فالأجود المنع وهذه غير مانحة فيه وحكمها أن الصحة تتوقف على الإجازة وفي بعض نسخه لو رهن غريم المفلس عينه التي له الرجوع فيها قبله فالأجود المنع وأولى منه لو رهن الزوج نصف الصداق قبل طلاق غير المسوسة وعلى هذه النسخة نطالبه بالفرق بينه وبين رهن الموهوب حيث صححه واستجود المنع هنا وهو غير واضح نعم رهن الزوج نصف الصداق المعين قبل طلاق غير المسوسة غير صحيح بدون الإجازة لأن الفسخ هنا لا بد فيه من لفظ الطلاق والأشهاد كما هو ظاهر وإلى إشار المصنف هنا بهوله أما لو رهن الزوج قبل الدخول نصف الصداق فإنه باطل ~~قوله~~ ﴿ ولو رهن الوارث التركة وهناك دين فالأقرب الصحة وإن استوعب ثم إن قضى الحق والأقدم حق الديان ﴾ لم يفرق المصنف هنا بين ما إذا استوعب الدين التركة أم لا وإطلاقه يفضي بعدم الفرق بين ما إذا كان الوارث موسراً أم لا وهذه المسئلة يتوقف على بيان حال التركة إذا كان على الميت دين مستوعب لها أو غير مستوعب وهي من المشكلات التي تعم بها البلوى وقد اضطربت فيها الفتوى حتى من العقبه الواحد في الكتاب الواحد بل في الباب الواحد كما سنسمع (وتنبيه البحث) أن يقال قد اتفقوا على أن الدين تعلقاً بالتركة على أنها لا تنتقل إلى الغرماء ولا إلى الله سبحانه وتعالى لأن مصبها حينئذ أوعية الساكنين وعلى أنها إن لم يكن هناك دين ولا وصية تنتقل إلى الوارث بمجرد الموت وعلى أن الفاضل عن الدين إن لم يستوعب ينتقل إلى الورثة إن لم يكن هناك وصية وعلى أن ما راد عن الثلث ينتقل إليهم وإن وصى به إذا لم يميزوا والظاهر أنه لا خلاف في أنهم إذا أجازوا كان تنفيذاً للوصية لأعطية مبتدئة واختلفوا في مواضع (الأول) ما إذا كان الدين مستوعباً للتركة فهل تنبئ على حكم مال الميت ولا تنتقل إلى الورثة أو تنتقل إليهم ويكون تعلق الدين بها كتعلق الأرض برفه الحاي فصح للورثة له التصرف ويحكم عليهم أداء الدين المساوي لها أو كتعلق الدين بالرهن فلا ينفذ تصرفهم إلا مع الإجازة من الغرماء أو يكون تعلقاً مستقلاً برأسه محتملاً لعدم تصرف الورثة وعدمه (الثاني) ما إذا لم يكن الدين مستوعباً كما إذا كان أقصى حد اختلفوا فيما قابل الدين منها فعض على أنه على حكم مال الميت وآخرون على انتقاله إلى الورثة وأن تعلق حق الغرماء إما كتعلق الرهن أو كتعلق الأرض كما مر مثله في المستوعب واختلفوا أيضاً في الفاضل عن الدين الذي اتفقوا على أنه يسفل إلى الورثة فبعضهم على أنه لا يجوز للوارث التصرف فيه قبل القضاء وأنه لا يسقط شيء من الدين بتلف بعض من التركة تعلق حق الغرماء بكل جزء منها مشاعاً لأن التركة حينئذ باجتماع كالأرض وبعض على أنه يمد صرفه في أي فيما راد على الدين والمصنف في آثر الكتاب مذهب عريب فإنه ذهب إلى أن التركة تنتقل إلى الورثة إذا كان الدين مستوعباً وأما إذا لم يكن مستوعباً فما قابل الدين على حكم مال الميت هذا وانهموا على التقديرين أي الاستيعاب وعدمه على أن المحاكاة للوارث فيما يدعي لمورثه وما يدعي عليه وأنه لو أقام ساهداً بدين حلف هو دون الديان والظاهر اتفاقهم أيضاً كما قيل على أن الورثة أولى وأحق بين التركة ولذلك قال بعضهم أن النزاع إنما هو في قيمة التركة لا في عينها والا فالدائن مسألون

على أنهم ائتموا بالعين وأنه من هنا نشأ الظن لبعض الناس أن القول بأن التركة للورثة مع الاستيعاب هو المشهور بل ظن أنه محل وفاق انتهى فليتأمل جيدا في قول هذا البعض (وكيف) كان فالحائل بأن التركة تبقى على حكم مال الميت ولا تنتقل إلى الورثة الشيخ في الخلاف وكذا المبسوط كما نقل عنه وابن ادریس في وصايا السرائر وباب قضاء الدين عن الميت والمحقق في الشرائع في باب الموارث والقضاء والقصاص والمصنف في الارشاد والشهد في ميراث الدروس وقد مال إليه اوقال به الفخر في رهن الايضاح ومثله والده في وصايا المختلف وهو ظاهر المقنع والنهاية وقه الراوندي بل هو ظاهر الخلاف او صريحه في باب الفطرة فيمن اوصى بعد ثم مات قبل هلال شوال ولم يقبل الموصى له الا بعد ان هل فانه قال لا يلزم احدا فطرته وقضية ذلك كما فهمه منه في السرائر انه يبقى تلك المدة بلا مالك وهو مذهب الاكثر كما في المسالك والكفاية والمفاتيح وفي (السرائر) لا خلاف في ان التركة لا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء بل تبقى موقوفة على قضاء الدين وقال في باب قضاء الدين انه الذي تقتضيه اصول مذهبنا وقد استدوا عليه باستمرار طريقة الناس على دفع النماء في الدين اذ لو اقتصر مقتصر على دفع الاصل في الدين دون النماء لانكروا عليه اشد انكار وبقوله جل شأنه (من بعد وصية يوصى بها او دين) ولقد تكررت هذه الكلمة الشريفة في حديث واحد من دون تقدم عهد اربع مرات وما كانت عادة سبحانه في بيان الاحكام ذلك بل يجمل ويجمل وقال الاردبيلي في اياته قالوا ان قوله جل شأنه من بعد وصية يوصى بها او دين متعلق بجميع ما تقدم من اول قسمة الميراث فالمال بمقتضى ظاهر الآية الشريفة اما باق على حكم مال الميت او منتقل الى الغرماء ولا قائل بالثاني فتعين الاول وقد استدل بها جماعة كالشيخ وابن ادریس وفخر الاسلام والشهيد وغيرهم على عدم انتقال المال إلى الورثة والحمل على استقرار الملك او على استقرار الظرف أعني قوله جل شأنه من بعد وصية وجعله حالا من الانصاء المذكورة في الآية الشريفة حتى يكون المعنى لكل ما وظف له بالفرض او غيره بعد الوصية والكون والتبوت اعم من الملك فيجوز ان يكون المراد ان ذلك يكون لهم بعد الوصية والدين على وجه الاستقرار بعد ان كان متزلا يدفعه ان ابتادر انما هو الملك والاستحقاق كما في المال لزيد ومن ثم سمي النحلة هذه اللام لام الملك فكيف ينزل قوله تعالى له النصف على ان المراد يستقر له ما في ملكه من قبل ان هو الا اعراض عن الظاهر الى التأويل من دون دليل واضح ولا ريب ان الظاهر ان الظرف لنحو لا حال من الثلث مثلا ومن هنا يظهر ضعف ما في حرج جامع المقاصد من ان الآية الشريفة انما تدل بمفهوم المخالفة وهو ضعيف انتهى لانه من المنطوق الذي لا يلحظ فيه المفهوم كقولنا يملك المبيع بعد العقد ومثله كثير كما في قولنا اذا باعك فاشتر واذا سلم عليك فرد عليه السلام فليتبدر في ذلك قد صح لنا ان نقول ان المعلق في الآية الشريفة اما الملك او جواز التصرف اوهما معا اولا واحدا منهما والاخير باطل قطعا كالثالث لانه يستحيل تعلق الملك على بعدية الدين والوصية مع بقاء جواز التصرف مطلقا اي اي تصرف كان حتى يكون المعنى في احد الوجهين انه لا يملك الا بعد الدين ويجوز له التصرف قبله فتعين احد الاولين ويدفع الثاني ظهور الملك والاستحقاق من الكلام وعدم تبادر كون الظرف حالا من الانصاء والتقدم في قواه جل شأنه من بعد هو التقدم الذي اراده المتكلمون وهو ان المتأخر لا يجمع المتقدم كتقدمه عدم الحادث على وجوده وتقدم بعض اجزاء الزمان على بعض فلا يثبت ملك او جواز

تصرفه في رهن أو غيره حتى ينتفي المتقدم وتستوع تمام الكلام في الآية الشريفة وقال في (جوامع الجامع) (١) (الاخلاف في أن الدين مقدم على الوصية والميراث وإن قدمت الوصية على الدين فكله قيل من بعد أحد هذين فإن لفظاً ولا توجب الترتيب وإنما هي لأحد الشيتين أو الأشياء ولعله أراد أن أراد أو لإرادة بيان التساوي بين الدين والوصية في تقديمها على الإرث وإن كل واحد منهما مستقل في التقديم لا لأن أحدهما مقدم لا المجموع وتقديم الوصية إما لأنها مظنة التفريط أو لأن الغالب في أهل الجدة وأصحاب الأموال إنما هو الوصية أو لأنه لا ينبغي أن يترك الدين إلى ما بعد الموت واستدلوا على هذا القول بما رواه ثقة الاسلام في باب قضاء الزكاة عن الميت في الصحيح عن عباد بن صبيب الذي وثقه النجاشي والمصنف في الإيضاح والظاهر وقوع الاشتباه من الكشي فإن ما في الحديثين من القدر فيه إنما وقع من عباد بن كثير البصري كما يظهر من أحاديث أخر مع أن في الحديث الثاني تصريحاً به مضافاً إلى أن الشيخ في (ست) و (قر) و (ق) لم يتعرض لتفاسد عقيدته وابن أبي عمير عن الحسن عنه وقال الأستاذ في الفوائد الرجالية لا تأمل ولا شبهة في كون ابن صبيب ثقة جليلاً وكثيراً ما رأينا الكشي يروي الأحاديث الواردة في شخص في آخر لم يشاركه له في الاسم أو الكنية أو اللقب سلمنا ولكن أقصاه أن يكون موثقاً والموثق حجة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل فرط في إخراج زكوة في حيوته فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما كان فرط فيه مما يلزمه من الزكاة ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع إلى من يجب له قال جائز يخرج ذلك من جميع المال إنما هو بمنزلة دين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يودوا ما أوصى به من الزكاة وهي ظاهرة أو صريحة في المراد ولا قال بالفرق بين الوصية بالزكاة وغيرها وبصحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قضي أمر المؤمنين عليه السلام في دمه المقتول أنه يرثها الورثة على كتاب الله وسهامهم إذا لم يكن على المقتول دين والحل على استقرار الملك خروج عن الظاهر كما هو الظاهر ولا يخفى عليك أن هذه الأدلة الثلاثة تدل على عدم الانتقال إلى الورثة وإن لم يستوعب الدين التركة فليتأمل وقد ذهب ناس إلى أن الميت من يملك على الحقيقة كما يبقى عليه الدين بل قيل قد يحدد له الملك بعد الموت كملكه لحيته ولما يقع في شبكته كما هو خيرة وصايا الروضة ومال إليه الفخر في ميراث الإيضاح ونسبه إلى بعض ولعله أراد المحقق في باب القصاص فيما إذا شهد الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال وكانهم استندوا إلى أنهم أجمعوا على أن ديونه تفتى من ذلك وتنفذ وصاياه ولا طريق له إلا الملك والحق أن ذلك كله على حكم ماله بحكم الدليل الذي دل على ذلك أي أن الميت في حكم المالك له لعصمته به عن تعلق ملك غيره به وصرفه في مصالحه وأن يملك الميت وبالموت تزول عنه الأملاك وما ذكره في وصايا جامع المقاصد من الاتفاق على أن المال لا يبقى بلا مالك قلعله يريد ما اتفق العلماء على نفيه من أنه لا يبقى بلا مالك ولا من هو في حكمه والأفكيف يتم له ذلك والا كثرون من القدماء على أن التركة لا يملكها الوارث إذا أحاط بها الدين أكر كلامه في الوصايا صريح في أن المال لا بدله من مالك حقيقة فلا يجدي هذا التأويل ثم أنه مريض باجماع السرائر وقد سمعته وقد أطبقوا على أن من مات ولا وارث له إلا مملوك أنه يشتري من التركة ويعتق إرثها وقد بقي المال في هذه المدة بلا مالك ومثله مالو أوصى

(١) وبعض الناس يسميه بجامع الجوامع وهو غلط (كذا يحفظ المصنف قدس سره)

بأن يصرف مال معين في الصلوة أو الصيام أو الحج أو شراء الأجر والجص لبناء القناطر ونحو ذلك مما هو كثير (وقد أجاب) عن الوصايا المذكورة بأن المال الموصى بصرفه في ذلك ملك الورثة ولم تدر ماذا يقول فيمن مات ولا وارث له إلا مملوك ولعله يريد الاتفاق بينه وبين خصمه في ملك الوصية أو اتفاقا حدث فيما قارب عصره أكن الشهيد ممن يوافق الخلاف كما عرفت (وأما) القول بأن التركة في الفرض المذكور للورثة فهو خيرة المبسوط على ما وجدناه وجامع الترائع ومواريث الكتاب وقضائه وشفعته ووصاياه وحجره ورهنه كما تعطيه عبارته هنا وقضاء التحرير والمختلف ورهن التذكرة وحجرها وحجر الإيضاح ووصاياه وجامع المقاصد في المقام والحجر والوصايا والمختلف أيضا في ظاهره أو صريحه في موضع آخر منه وكذا حواشي الشهيد في المقام والمواريث وقضاء المسالك ومواريثه ومواريث كشف اللثام وظاهر حجر التذكرة الإجماع عليه حيث قال الحق عندنا إن التركة تنقل إلى الوارث وقد سمعت إجماع وصايا جامع المقاصد وربما ظهر من بعضهم أنه المشهور وحجتهم أن المال لا يبقى بلا مالك وإن الإجماع منعقد على أنها لا تنتقل إلى الغرماء فتعين الانتقال إلى الورثة وإنما لو لم تنتقل إليهم لما شارك ابن الابن عمه لو مات أبوه بعد جده وحصل الأبراء حينئذ والتالي باطل إجماعا فالقدم مثله وإن الخائف مع الشاهد إنما هو الوارث فلولا الانتقال لساوى الغريم وقد عرفت ما يجب به أهل القول الأول عن الدليل الأول ولعلمهم يحيون عن الثاني بأن الأبراء مما يكشف عن الانتقال من حين الموت فتأمل وعن الثالث بأن ذلك لمكان الأولوية والاختصاص بالأعيان فليتأمل (وكيف) كان فعل القولين يمنع الوارث من التصرف فيها إلى أن يوفي الدين أو يأذن الغرماء وقد حكى على ذلك الإجماع في قضاء الإيضاح والمسالك وظاهر السرائر في قضاء دين الميت قال في (الإيضاح) أجمع الكل على أنه إذا مات من عليه دين محيط بجميع التركة لا يجوز للوارث التصرف فيها إلا بعد قضاء الدين وأذن الغرماء ونحوه قال في المسالك وهو كذلك كما يشهد به التبع لأن أصحاب هذا القول يقولون إن تعلق الدين بها تعلق الرهن بالدين كما في المبسوط وغيره وهو الذي جرم به المصنف في ثلاثة مواضع من الكتاب كالمواريث والقضاء والوصايا وإنما يترددون في أنه كمتعلق الرهن أو تعلق الأرض فيما إذا لم يستوعب وقل من تردد في الأمرين فيما نحن فيه على أنك ستعرف فيما إذا لم يستوعب أن جماعة على أن التعلق فيه كمتعلق الرهن بل لم أحد مصرحا في المقامين بأن تعلق الدين بالتركة كمتعلق الأرض إلا ما حكاه الشهيد في حواشي الكتاب في باب الحجر عن السيد الرضى رضي الله عنه ولم يظهر من جامع المقاصد في الباب تبعا للكتاب حيث فربا هنا صحة رهن الوارث التركة لكنه في جامع المقاصد رجع عنه في باب الحجر فقال بالمنع فيما إذا لم يستوعب وإن كان ربما ظهر منه في أثناء الكلام التردد أو العدول فها أولى بالمنع أو التردد والمصنف كأنه متردد في الباب المذكور وقد جزم في التحرير بعدم صحة الرهن في المقام وقد سمعت ماجرم في المواريث وغيره بل جزم في المواريث بأنه كالرهن فيما إذا لم يستوعب وفي (المبسوط) ذكر الاحتمالين في المقام من دون ترجيح وقد سمعت ما حكيناه عنه وستمع أيضا من أن التعلق عنده كمتعلق الرهن فيما لم يستوعب وكف كان فالمنع من التصرف فيما نحن فيه أعني مع الاستيعاب مما لا ينبغي الشك فيه على القوايين للاجماع المنقوان الذين يشهد لهما التبع وغيره وإنما تظهر الثمرة في التما كما صرح به جماعة كثيرون وهو أيضا مما يؤيد الإجماعين المذكورين وأما المحاكمة والتخير في جهات القضاء فانهما ثابتان على القولين كما عرفت آنفا وصرح بهما جماعة وليعلم أن الفخر في الإيضاح

والحق الثاني اختارا ان تعلق الدين بالتركة ليس واحدا من التعليقين وإنما هو تعلق ثالث مستقل برأسه وقد حكى عن الشهيد وحكامه في التذكرة عن بعض العامة ولا فائدة مهمة في المقام تقتضي تحرير ذلك واذ قد ثبت منع التصرف فلو ظهر ان هناك دينامستوعبا وقد تصرف الوارث كان تصرفه غير نافذ اذا لم يؤد الوارث ولا كذلك ما اذا حدث دين كان كلن قد باع متاعا واكل منه فرد بالعيب السابق فالظاهر نفوذه ان ادى الدين والا فسخ المدين التصرف توصلا الى اخذ دينه من تركته وكلام المصنف في هذا الفرع في باب المحر غير متقح واما اذا لم يستوعب الدين التركة فقد علمت ان الكلام يقع فيه في مقامين في الفاضل عن الدين وفيما قبله اما الاول ففي ميراث الكتاب انه يمنع من التصرف فيه ونكون التركة بأجمعها كالرهن وهو خيرة الايضاح في الحجر والرهن والدروس في الارث وجامع المقاصد في موضع من الحجر كما عرفت آفا وايضاح النافع في باب الدين وهو ظاهر المبسوط وقد سمعت ما في السرائر من الاطلاق الآية الشريفة والخبرين المتقدمين وانه لا اولوية لبعض على بعض في اختصاص بالتعلق به ولان الاداء لا يقطع به بذلك البعض لجواز التلف ولما خرج الميت عن صلاحية استغراق الدين لذمته وجب أن يتعلق بكل ما يمكن أدائه منه من أمواله لان حدوث تعلقه ببعض آخر عند تلف بعض معلوم الانتفاء ولان الباقي اذا تلف قبل القضا ضمن الوارث وهذا يدل على أن التعلق بجميع التركة والا فكيف يتعلق بما يتمتع حدوث تعلقه به ليجب بداه حيث تعذر واحتل في التذكرة نفوذ التصرف فيه اي في الفاضل عن الدين وهو خيرة في حجر الكتاب وقضائه والتبديد في حوائبه على موارث الكتاب والمسالك والكفاية وهو قضية كلام جامع الترائع بل صريحه في باب الدين للضرر والخرج وبعد المحر في مال كثير ليسير جدا وان الحجر انما وقع لاجل الدين وذلك يتقدر بقدره مؤيدا باستمرار طريقة الناس على ذلك ويكون التصرف مراعى بقاء الباقي بالدين فلو قصر لتلف أو قص لزم الوارث الا كمال فلن تعذر الاستبقاء منه تسلط المدين أو الحاكم على قص تصرفه على الاجود ولعله اذا عزل وعين ما يقوم بالدين وزيادة كان أحوط وقد يستدل على ذلك بما رواه المشايخ الثلاثة عن البرزطي باسنادله أنه سئل عن رجل يموت ويترك عيالا وعليه دين أينفق عليهم من ماله قال ان استيقن ان الذي عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم وان لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال وقد رواه الحر العاملي عن أبي الحسن عليه السلام بهذا المتن وهو صحيح الى البرزطي في طريقي الكافي والتهذيب فيكون صحيحا عند جماعة ممن تأخروا ولا الاضمار وروى في الكافي التهذيب عن البجلي عن أبي الحسن عليه السلام بهذا المتن مع تفسير فيه قال كانه سهو من بعض الرواة ويبقى الكلام في الآية الترفقة لانك قد عرفت انها ظاهرة في خلاف هذا القول الا ان تقول ان الاحتمالات في البعدي في قوله جل شأنه من بعد وصية يوصى بها أو دين ثلاثة (الاول) ان يكون المراد من بعد وصولها لاهلها فلا يجوز التصرف فيها قبله بوجه من الوجوه (الثاني) ان يكون المراد من بعد عزلها وتعيينها فلا يجوز قبله بوجه (الثالث) من بعد وجودها في المال الواسع فيجوز التصرف فيها بفضل او في الكل ويكون ضامنا وقد يؤيد الاخير انه ثبت ملك الام التلث مثلا فلها التصرف فيه كيف شئت وقوله جل شأنه من بعد الوصية والدين لا بد ان يحمل على معنى لا ينافي ذلك وهو الوجه الاخير وقد عرفت ما يؤيد الاول من الخبرين وغيرها فاقول بالتمنع اوفق بظاهر الادلة واسبه باصول المذهب واقرب الى الاعتبار ولا سيما مع الاعسار او عدم الوثوق بالوارث واحوط في الدين والضرر

﴿ الفصل الثالث في العاقد ﴾ ويشترط كماله الموجب والقابل وتملك الموجب أو حكمه كالمستعير وولي الطفل مع المصلحة كالاقتراض في نفقته أو إصلاح عقاره (متن)

والمرج يندفعان بالاستيذان من الدين أو الدفع إليه أو إلى الحاكم أن عبر الوصول إليه أو العزل عند الثقة الأمين كما ذكره في باب الدين وقد أوضحنا الحال في ذلك ونحوه عند شرح قوله ولو غاب المدين والاستبعاد لا يصلح أن يكون دليلاً والسيرة سيرة عوام والأفاملاء مختلفون ومضطربون والخبر أن غير صحيحين ولا صريحين لا احتمال حملهما على القرض والضرورة مع ما اشتمل عليه الأخير من المخالفة للاجماع كما اشترنا إليه مع أن أصحاب هذا القول ما الموابها ولا وجدت أحداً ذكرها دليلاً وكيف كان فلا ينهضان على مقاومة أدلة القول الآخر وما ذكر في المقامين يعرف حال ما قابل الدين من التركة والحال في الوصية والدين واحد كما في جوامع الحامع وقه الراوندي وغيرها مما صنف في آيات الأحكام وبه صرح جماعة في باب الوصايا مستدلين بالآية الكريمة وإن كانوا في باب الدين والرهن والحجر والمواريث والقضا إنما تعرضوا لحال الدين وهذه المسئلة قد تعرضنا لها في باب المواريث وأسبقنا الكلام فيها هناك وكذلك في باب القضا وكثير من الأصحاب ما تعرض لها ومن تعرض لها ما أسبق الكلام فيها كما سمعت كلامهم حتى أن أصحاب آيات الأحكام كالراوندي والمقداد والمولى الأردبيلي والمفسرين من الخاصة والعامة كالبضاوي وغيره ما تعرضوا للحكم فيها أسلاً ما عد المولى الأردبيلي فإنه نظر وتأمل واحتمل ثم قال إن المسئلة مشكلة ثم أحاطها على كتب الفروع وقال إن الدلالة تختلف كلامها فيها في القواعد في ثلثة مواضع ﴿ الفصل الثالث في العاقد ﴾ قوله ﴿ ويشترط كماله الموجب والقابل ﴾ كما هو الشأن في سائر العقود والكمالية بالبلوغ والرشد وجواز التصرف والفصد والاختيار كمعبر بذلك جماعة وفي (المبسوط والسرائر والجامع والسرائع والارشاد) وغيرها الاقتصاد على كونها جائزة التصرف والحكم في ذلك واضح فلا يصح رهن الصبي والمجنون مطبقاً ومعتوراً ولا النافل والساهي والتائم والسكران والعابث والهازل ولا المكره المسلوب القصد فإن لم يسلبه فكالمفضولي يتوقف على إجازته بعد لا كالصبي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتملك الموجب ﴾ قال في (جامع المقاصد) لو قال وتملك الموجب لكان أولى وأخصر مع أن فيه إيهام الأكفاء بتجده تملكه (قلت) لعله أراد إدراج المكاتب لأنه ليس مال كمال على الظاهر بل متملك وإدراجه في حكم المالك كالوكيل والولي لا يخلو من بعد فالتملك يشمله والمالك إما على الاشتراك بمعنى أو على عموم المجاز والإيهام المذكور موهوم أو أراد دفع توهم التكرار لأنه لو قال وتملك الموجب لربما فهم أنه يشترط أن يكون الرهن مما يملك وقد قدم حكمه والأمر سهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو حكمه كالمستعير وولي الطفل مع المصلحة كالاقتراض في نفقته أو إصلاح عقاره ﴾ أما المستعير فقد تقدم الكلام فيه وأما ولي الطفل ففي (المسالك) أنه لا خلاف عندنا في أنه يجوز له أن يرهن ماله إذا افتقر إلى الاستدانة مع المصلحة والمخالف بعض الشافعية فمنع من رهنه مطلقاً قلت وبه صرح في المبسوط والسرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والدروس وغيرها وقيد في المبسوط والروضة والرياض بما إذا لم يكن بيع شيء من ماله أعود وفي الأخيرين أولم يمكن وفي (التذكرة والمسالك) بما إذا تمز البيع وفي الأولين والروضة يجب أن يكون على يد ثقة يجوز إيداعه منه قلت ويصح أن يرهن ماله فيما إذا اشترى له بمائة نسيئة

مايساوي مائتين ورهن من ماله مايساوي مائة فان لم يعرض التلف فيه القبضة الظاهرة وان عرض فلا ضرر مع حصول القبضة أيضا كما صرح به في التذكرة وأشار إليه في المبسوط بقي الكلام فيما اذا لم يررض الا برهن تزيد قيمته عن المائة ولم يكن الرهن مما لا يخشى تلفه كالقار كان يكون مما يخاف عليه التلف وقد قوى في التذكرة الجواز في موضع يجوز ايداعه وأنت خبير بأن الارهان مانع من التصرف فرما يتلف فيتضرر به الطفل بخلاف الايداع قليلا مل وفي (المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد والدروس) وغيرها انه يجوز لولي الطفل أخذ الرهن له اذا باع ماله نسبة اذا كان له فيه الحظ ومثله مافي اللعة والدروس والروضة من أنه يصح أخذ الرهن له اذا بيع كذلك أو خيف على المال ونحو ذلك مافي الكفاية ويمكن أن يراد بالجواز أو الصحة المعنى الخاص فلا يجب لاصالة العدم اذا كان الدين في ذمة ملي أو ثقة وجواز ابضاع ماله ولا يتصور فيه الرهن وكان المراد به هنا معناه الاعم والمقصود منه الوجوب وبه قطع في التذكرة قال بعد ما حكينا عنه ولو كان المشتري موسر لم يكتف الولي به بل لابد من الارتهان بالثمن قال ولو لم يحصل أو حصل الظن يساره وأما أنه يمكن البيع نسبة بغير رهن كما يجوز ابضاع مال الطفل انتهى وفي (المسالك والروضة والرياض) انه يعتبر كون الرهن مساويا أو أزيد وكونه بيد الولي أو عدل والشهاد على الحق فلو أدخل بعض هذه ضمن مع الامكان وفي (حجر التذكرة) انه يرتن به رهنا وفايا فان لم يفعل ضمن وفي رهنها انه لا فرق في ذلك بين الاولياء فالاب والجد له والوصي والحاكم وأمينه سواء في ذلك وفي (المبسوط) ان هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم الا على وجه الاحتياط والحظ للصغير وفي (حجر التذكرة) لا يحتاج الاب اذا باع مال ولده عن نفسه نسبة أن يرتن له من نفسه وكذا لو اشترى له سلعا مع القبضة بذلك والحصل من مجموع كلامهم وما يقتضيه أصول المذهب انه يجوز لولي الطفل مطلقا الرهن والارتهان مع كمال الاحتياط بمراعاة المصلحة سواء رهن أو ارتن مما يخاف تلفه أم لا في بيع أو قرض بل قد يجبان اذا قطع بالتلف أو الذهاب لو لم يرهن أو يرتن ونحو ذلك ما اذا باع له أو منه نسبة مع كمال القبضة كما أشرنا اليه آفا اذا لم يحصل الاطمئنان أما لو اطمئن الاثنان لمكان الديانة والملازمة والايمان جاز كذلك من غير رهن وارتهان والعقد بفتح العين (وقد) تعرض الاصحاب في المقام لحال اقراض الولي مال الطفل للغير واقراضه منه لنفسه أما الاول ففي (المبسوط) انه لا يجوز له القرض الا في موضع الضرورة كالخوف من نهب أو حرق أو غرق فيجوز له حينئذ أن يقرضه من ثقة ملي يقدر على قضاءه وزيد في جامع الشرائع والتذكرة والتحرير والمسالك وجمع البرهان مع الارتهان وزيد في جامع الشرائع والمسالك الاشهاد وفي (حجر التحرير) ان استرهن كان أحوط وفي (الكفاية) ان الاحوط الاقراض من الثقة الملى والارتهان والاشهاد مع الامكان واقتصر في الشرائع والارشاد واللعة ورهن التذكرة وحجر الكتاب على انه يجوز له مع المصلحة كالخوف أن يقرضه ويرتن وقضية كلام هؤلاء انه مع امكان الرهن لا يعتبر كون المقرض ثقة لانضباط الدين بالرهن وصرح بعضهم ان ذلك غير واجب ولا يبعد القول باوجوب اذا ظهرت امارات الخوف بل لا يبعد وجوب الاشهاد اذا قلنا ان أداء الدين من الوكيل بغير اشهاد وتقر يط وفي (حجر التذكرة) انه لو تمكر من الارتهان ورضي بالكفيل ضمن وفي (الشرائع وحجر الكتاب واللعة والروضة والمسالك) انه او تعذر الرهن في موضع الخوف والضرورة والحاجة أقرضه من ثقة غالبا وزاد في اللعة العدل بمدا الثقة واقتصر في الارشاد على اقراضه من الثقة وقضية

كلامهم أنه إذا تعدر الثقة لا يجوز الاقتراض وهو مشكل بل الاقتراض أولى لأنه مرجو الحصول في الدنيا أو الآخرة بخلاف التلف من الله سبحانه إلا أن ثبت العوض عليه جل شأنه فيرجح لأنه أكثر قدرا وفي (مجمع البرهان) إذا تعدر الرهن اكتفي بالملائة والثقة ومع التعدر يسقط ومع وجودهما يحتمل تقديم الثقة ويحتمل تقديم الملى وفي (حجر التذكرة) كل موضع جاز له أن يقرضه فيه فإنه يشترط أن يكون المقرض مليا أميناً فإن تمكن من الارتهان ارتهن وإن تعدر جاز من غير رهن لأن الظاهر ممن يستقرض من أجل حظ اليتيم أنه لا يئذرها فاشتراطه مفوت لهذا المظ هذا والجمع بين الثقة والعدل في عبارة اللعة تأكيذا وتفسيرا للثقة بالعدل لأن ذلك هو المعتبر شرعا مع احتمال الاكتفاء بالثقة العرفية فإنها أعم من الشرعية والمراد بقولهم الثقة غالبا الثقة في ظاهر الحال يعني الاكتفاء بظاهر أمره ولا يشترط العلم بذلك لتعذره فعبروا عن الظاهر بالغالب نظرا إلى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقة لأن المراد كونه في أغلب أحواله ثقة دون القليل لأن ذلك غير كاف وقد صرح في التذكرة أيضا بأنه لو لم يكن لليتيم حظ وإنما قصد إرفاق المقرض لم يجوز اقتراضه كالمولى لم تجز هبة وقال إن من الخوف على مال اليتيم ما إذا خاف على خطئه من أسوس ومثل ذلك قال في المسالك وأما الثاني وهو اقتراض الولي من مال الصبي لنفسه فقد أجازته الشيخ في النهاية والطوسي في الوسيلة إذا كان متكنا من قضاء ذلك وقال في (السرائر) لا يجوز له بحال لأنه أمين والأمين لا يجوز أن يتصرف في أماته وقد ذكر القولين في التحرير من دون ترجيح وفي (جامع الشرائع وحجر التذكرة) اشتراط الملائة والمصلحة للطفل واحتمل ذلك في المسالك والكفاية قالا لأنه كاقراضه لغيره لأنه تصرف في مال اليتيم وهو مشروط بالمصلحة واحتملا جواز اقتراضه مع عدم الضرر على الطفل وإن لم يكن له مصلحة قال في (المسالك) لا إطلاق رواية أبي الربيع عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل ولي يتيما فاستقرض منه فقال إن علي ابن الحسين عليهما السلام كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره فلا بأس بذلك قال والرواية مع تسليم سندها مطلقة يمكن تفسيدها بالمصلحة (قلت) الرواية صحيحة في أحد طريق الكافي رواها عن منصور بن حازم وفي آخر رواها عنه بطريق غير صحيح لكن عندنا قوي لأن معلى ابن محمد لم يثبت عندنا اضطرابه ورواية أبي الربيع مذكورة في التهذيب ومنها عنه في الكافي والتهذيب في سند صحيح إلى الحسن بن محبوب والمصنف في التذكرة استدلل على اشتراط الملائة والمصلحة برواية أبي الربيع المذكورة ولم يتضح لنا وجهه وينبغي أن يعتبروا الرهن عليه حذرا من إفلاسه وزيادة ديونه فيحفظ بالرهن وكذا يعتبر الاتهاد حفظا للحق كما قالوا مثله فيما إذا قوم الوصي على نفسه مع كون البيع مصلحة للطفل وربما فسر قوله حل شأنه (ولا تقر بوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) بأن يكون للمتصرف مال بقدر مال الطفل زائد على المستثنيات في الدين وفسره بعضهم بكون المتصرف قادرا على أداء الدين المأخوذ من ماله بحسب حاله وفي رواية ابن أسباط إن كان لأكبر مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس وإن لم يكن له مال فلا يقرض لمال اليتيم ونحوه روايته الأخرى ونحوها غيرها مما تضمن العمل بمال اليتيم على سبيل القراض أو القرض وكلها خالية عن اشتراط الرهن والأشهاد وهذا حديث إجمالي وعام الكلام في باب الحجر بلطف الله سبحانه وبركة خير خلقه محمد وآله صلى الله عليه وسلم وقد تقدم في باب الزكوة وباب القرض ماله تقع في المقام

ولو استدان ورهنا ثم قضي أحدهما صارت حصته طلقا أن لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من الدين ولو تعدد المرتهن واتحد المقدم من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف خاصة (متن)

﴿ قوله ﴾ (لو استدان ورهنا ثم قضي أحدهما صارت حصته طلقا أن لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء) يريد أنه لو استدان شخصان من رجل مقدار مائتي درهم مثلاً ثم رهنا عنده على الدينين رهنا مشتركا بينهما بمقد واحد صادر منهما مباشرة أو توكيلاً ثم قضي أحدهما ما عليه صارت حصته من الرهن طلقا كما صرح بذلك في (المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد) والمخالف أبو حنيفة حيث قال أن الرهن رهن بكل الدين ومثل القضاء الأبراء هذا إذا لم يجعلا في حال الرهن مجموع كل من الاستحقاقين رهنا لمجموع الدين وبكل جزء منه أما لو جعلاه كذلك فلا انفكاك لأن الرهن التبرع ملكه على مال آخر جائز بخلاف ما إذا لم يجعلاه كذلك لأن الرهن ملك الإنسان على دين غيره بخلاف الأصل فلا يصار إليه إلا بما يدل عليه ولما اتفق وجب أن يصرف ملك كل منهما إلى ما عليه من الدين وحينئذ فينفك نصيب كل منهما بأداء ما عليه لا امتناع بقاء الرهانة بعد أداء الحق وفي (المبسوط والتذكرة) ليس له أن يطالب المرتهن بالقسمة بل المطالب بها الشريك وأنه لا يجوز للمرتهن أن يقاسمه إلا بأذن الشريك ونحوه ما في التحرير وجوز في المبسوط أن يقاسمه وإن لم يأذن الشريك إذا كان الرهن من المكيل والموزون ثم قال الأحوط أن لا يجوز القسمة إلا برضاه في كل شيء ولم يتعرض المصنف هنا لحال القسمة وسيتعرض لها في الفصل السادس حيث قال قاسم المرتهن بعد إذن الشريك سواء كان مما يقسم بالاجزاء كالكيل أولا كالعبد (وتفصيل الكلام في المقام) أن يقال العقد أما أن يتحد أو يتعدد فعلى الأول فاما أن يتحد الراهن والمرتهن أو يتعدد الراهن فقط أو المرتهن كذلك وكذا الحال إذا تعدد العقد على كل الأحوال فالرهن إما واحد بالذات أو متعدد والمصنف قد بحث عن صورتين في المقام أحدهما تعدد الراهن واتحاد المرتهن مع اتحاد العقد كما عرفت والثانية عكسها كما نسبع (وهناك تفصيل) آخر وهو أن يقال ينفك بعض الرهن دون بعض بأحد أمور ستة (الأول) تعدد العقد كما إذا رهن نصف العبد بمشقة بصفقة على حده وصفه الآخر في صفقة أخرى فانه إذا قضي دين أحد النصفين خرج ذلك النصف عن الرهن وبقي الآخر رهنا بدينه المختص (الثاني) أن يتعدد من عليه الدين وهو ما ذكره المصنف هنا (الثالث) أن يتعدد مستحق الدين وهو ما يأتي (الرابع) أن يقضي أحد الموكلين كما لو وكل رجلان رجلا في أن يرهن عبدهما من زيد بدينه الذي عليهما فممن ثم قضي أحد الموكلين (الخامس) إذا فك المستعير نصيب أحد المالكين (السادس) أن يقضي أحد الورثين ما يخصه من الدين على أحد الاحتمالين فيما إذا رهن عبدا بمائة ثم مات عن ولدين قضي أحدهما حصته من الدين فانه يحتمل أن يملك نصيبه كما لو رهن في الابتداء اثنان ولعل الأقوى عدم الانفكاك لأن الرهن في الابتداء إنما صدر من واحد وقضيته حبس كل المرهون إلى أداء كل الدين ولا كذلك لو لم يكن هناك رهن وتعلق الدين بكل التركة أو بعضها فنك أحدهما نصيبه فانه ينفك لأن تعلق الدين بهما أن كان كتعلق الرهن فهو كما لو تعدد الراهن وإن كان كتعلق الأرض بالجاني فهو كما لو جنى العبد المشترك فأدى أحد الشريكين نصيبه وسينبه المصنف على ذلك في أواخر الباب ﴿ قوله ﴾ (ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف) كما في (المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد) إذا استوى

وفي التقييط مع اختلاف الدين اشكال فان وفي احدهما صار النصف طلقا فان طلب
قسمة المفكوك ولا ضرر على الآخر اجيب والا فلا بل يقر في يد المرتهن نصفه رهنا
ونصفه امانة والراهن والمرتهن ليس لاحدهما التصرف الا باذن الآخر (متن)

قدر الدينين وهذه هي الصورة الثانية التي اشرنا اليها آتفا وهي تنحل الى صورتين لانه اما أن يتحد
فيها قدر الدين أو يختلف فعلى الاول يكون كل منها مرتهنا للنصف فكان بمنزلة عقدين فاذا وفي
أحدهما خرجت حصته من الرهن كما ذكره المصنف هنا وعليه نص في المبسوط والتذكرة وجامع
المقاصد ومنع أبو حنيفة من انفكاك شيء حتى يؤدي دينها جميعا قياسا على الرهن الواحد **قوله** **﴿**
﴿ وفي التقييط مع اختلاف الدين اشكال **﴾** هذه هي الصورة الثانية من الصورة الثانية وهي ما اذا
اختلف قدر الدين سواء اختلف مع ذلك في الجنس أم لا فيحتمل التقييط والتنصيف والتقييط أقسط
اذا لم يف الرهن بالمجموع وهو خيرة الايضاح وجامع المقاصد لقيام الدليل عليه لأن مقتضى الرهن
قضاء الدين كله من ثمن المرهون اذا وفي وهما نحن فيه اذا قضى الزائد من احد الدينين على الآخر
من ثمن الرهن اقتضى تعلق ذلك الزائد بالرهن فيكون متعلق بمجموع الدين الزائد من الرهن أكثر من
متعلق الآخر وان لم يقض امتنع كونه رهنا بالمجموع وقد فرض كونه رهنا بالمجموع فكان التقييط
مستعاضا من خارج وهو جعل الرهن رهنا بالمجموع لا من أصل التشريك (ويمكن) أن يستدل عليه
بعكس النقيض على مذهب القدماء كأن يقال كل ما لم يجب صرف ثمنه مع بيعه في الدين لم يكن متعلقا
به ويلزمه قولنا كل ما صرف ثمنه في الدين مع بيعه تعلق به وأكثر الثمن ثمن الاكثر مع تساوي الاجزاء
فيكون الدين الاكثر متعلقا به وهو المطلوب ولا قائل بالفرق بين متساوي الاجزاء ومختلفها كما في
الايضاح (ووجه التنصيف) انه أصل في الاشتراك كما شرك بينهما في الملكية وان الاسباب اذا اجتمعت
تساوت (والجواب) ان الاصل قطع بما ذكرنا وكذا أصل تساوي الاسباب في التقييط ثم ان المفروض
عدم تساويها (وليعلم) أن تعلق الدين بالرهن على أربعة أقسام (تعلق) كل الدين بكل الرهن
(وتعلق) كل الدين بكل جزء من الرهن (وتعلق) كل جزء من الدين بكل الرهن وهذا أدعى في المبسوط
الاجماع عليه (وتعلق) كل جزء من الدين بكل جزء من الرهن والمذكور في كلام (كتب خ ل) الاصحاب
ثلاثة أقسام يأتي ان شاء الله ذكرها ونظم الكلام فيها عند تعرض المصنف لذلك في الفصل السادس
عند شرح قوله ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا بالباقي **قوله** **﴿** فان وفي أحدهما
صار النصف طلقا **﴾** كما عرفت وجهه وان ذلك عند التساوي أو اذا قلنا بعدم التقييط عند التفاوت
قوله **﴿** فان طلب قسمة المفكوك ولا ضرر على الآخر اجيب **﴾** كما في (المبسوط والتذكرة)
والمقاسمة هنا بين المالك والمرتهن **قوله** **﴿** والا فلا بل يقر في يد المرتهن نصفه رهنا ونصفه
أمانة **﴾** كما في (التذكرة) وحكاية فيها عن الشيخ لا في ذلك من تضرر المرتهن بالقسمة **قوله** **﴿**
﴿ والراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف ليس لاحدهما التصرف الا باذن الآخر **﴾** كما في (المراسم
والتحريم والارتداد والبصرة ومجمع البرهان) وفي (المذهب البارع) انه المشهور وفي (التذكرة) بعد
أن ذكر انه يمنع من التصرفات القولية كالبيع والهبة والرهن قال وكذا التصرفات الفعلية يمنع من جميعها
اجماعا وفي (مجمع البرهان) الظاهر ان عدم جواز تصرف المرتهن مما لا خلاف فيه قلت هو كذلك ويستسمع

اجماع المقاييس لانه ليس ماله مجردا ومجرد الرهن لا يستلزم جواز التصرف مضافا الى العمومات وخصوص بعض الروايات كموثقة عبيد بن زرارة وموثقة عبد الله بن بكير حيث تضمنتا انه لا يباع حتى يجيء صاحبه ونحوهما موثقة اسحق بن عمار والظاهر ان المراد من منعه من التصرف عدم الصحة او عدم النفوذ كالفصولي لاحصول الام وفعل الحرام بقوله بمت كما يبينه في بيع الفضولي وأما الراهن فليس له التصرف في الرهن ببيع أو نحوه مما يوجب ازالة الملك ولا باجارة أو سكنى وغيرها مما يوجب نقصه كما في المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتحرير والبصرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك وهو قضية مفهوم كلام الفقيه بل هو قضية كلام الباقرين بالاولوية كالشيخ في الخلاف والمبسوط وغيره كما تستمع وفي (الرياض) انه لا خلاف فيه وفي (غاية المرام) لانتك فيه وفي (المقاييس) ليس لاحدهما التصرف فيه الا باذن الآخر اجماعا الا تصرفا يعود فقهه عليه انتهى ما أردنا قلناه من كلامه (وحجتهم) بعد اجماع الثقل المشهور كما في ايضاح النافع من قوله صلى الله عليه وسلم الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف ونحوه باقي التقييد وأما ما لا يوجب ازالة الملك ولا نقصه فصريح الوسيلة والتحرير والتدكرة في اثناء كلام له والروضة والمسالك منع الراهن منه أيضا وهو ظاهر اطلاق المقنعة والنهاية والمراسم والبصرة والارشاد والدروس واللمعة والمهذب البارع وهو قضية مفهوم كلام الفقيه وفي (الرياض) ان الشهرة به عظمية وفي (مجمع البرهان) انه ظاهر أكثر العبارات وعن (السرائر) الاجماع على المنع في مطلق التصرفات ولم أجده (١) وفي (الخلاف) الاجماع على انه ليس له أن يكرى داره المرهونة أو يسكنها غيره وظاهر المبسوط الاجماع على انه ليس له استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الارض وسكنى الدار قال ان ذلك كله غير جائز عندنا ويجوز عند المخالفين ونص في (الشرائع) على المنع من الاستخدام (٢) وفي (المبسوط والخلاف) الاجماع على أنه لا يجوز له وطنى الامة المرهونة وفي (الجواهر) انه لا خلاف فيه وفي (كشف الرموز) ان العمل منقاد على خلاف الرواية الدالة على الجواز وظاهره الاجماع كما هو ظاهر النافع والدروس حيث وسيت الرواية في الاول بأنها مهجورة وفي الثاني بأنها متروكة وفي (التقييد وايضاح النافع) هجرها الاصحاب وفي الثاني أيضا هجرها القوم وقد يظهر من الفقيه دعوى الاجماع أيضا وقد نص على الحكم المذكور في النهاية والسرائر وجامع الشرائع وغيرها ولا فرق في الجارية بين ما اذا كانت نجبل أولا كما في الخلاف وغيره (وحجتهم)

(١) بل هو موجود فانه ذكر أن فقه الحيوان المرهون على الراهن دون المرتهن وانه ان أفق المرتهن كان متبرعا ليس له الرجوع على الراهن الا اذا شرط عليه ذلك ثم قال وقد روي ان له أي للمرتهن ركوها والانتفاع بها بما أفق أو الرجوع على الراهن ثم قال والاولى عندي أنه لا يجوز له التصرف في الرهن على كل حال لانا قد أجمعنا بغير خلاف ان الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن انتهى وكان الشارح طاب ثراه نظر الى كلامه في أوائل المبحث حيث منع الراهن من التصرف المبطل أو المنقص لحق المرتهن كالبيع والرهن عند آخر الابرضاء المرتهن ومنعهما أيضا مما عدا ذلك مثل السكنى والزراعة والاستخدام والركوب وغيرها الا بالتراضي ولم يدع اجماعا ولم يقع نظره على هذه العبارة المذكورة في أواسط المبحث (لمصححه محسن الحسيني العاملي)

(٢) وغيره الاستخدام حيث قال لا يجوز للراهن التصرف في الرهن باستخدام ولا سكنى الى آخره (محسن)

فلو بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفاً (متن)

بعد الاجماع الخبر المذكور المشهور المؤيد بالامور الاعتبارية من التعريض للأبطال وبما ذكر في التذكرة والمسالك وغيرها من وجه الحكمة وهو تحريك الراهن الى الأداء اذ لو جاز له الانتفاع ولو في الحلة لانتفت الفائدة الى آخر ما ذكره والرواية المشار اليها حسنة الحلبي أو صحيحته وصحبة محمد بن مسلم حيث تضمنتا انه ان قدر عليها خالياً بأش وهما محمولتان على التقية كما أشار اليه في المبسوط وقد مال الى العمل بها المولى الاردبيلي والخراساني وجزم بها الكاشاني والبحراني معترضين بما احتمله في (التذكرة) حيث قال بعد حكايته فيها كلام المبسوط وقال انه يشعر بعدم الخلاف عندنا قال ويمكن الاحتجاج للحواز بقوله عليه السلام الظهير ركب وبرواية السكوني وساقها وبان التعطيل ضرر قل المولى الاردبيلي بعد قل كلامه هذا يشم منه رائحة الحواز قلت ما كنا لنعدل عن المعلوم من كلامه الى المشوم الموهوم فانه صرح في أول البحث الثالث في الرد على الشيخ حيث جوز التزويج واستدل بمسوم قوله جل شأنه (وانكحوا الايامى منكم) ان الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن ثم ان كلامه هذا الذي استندوا اليه قد يشعر أوله بدعوى الاجماع على المنع حيث نسب الحواز الى الشافعي ومالك في رواية عنه ونسب الى الشيخ المنع وقال ان كلامه يشعر بعدم الخلاف كما سمعته آفا (سلفنا) لكنه ما عساه يجدي موافقة التذكرة لهم في أحد احتملاتها مع ما سمعته من الاجماع لكن هؤلاء ماعدا الاردبيلي لا يبالون بالاجماع أصلاً (وبما ذكر) يعلم حال ما ذكره المصنف في التذكرة والشهد في الدروس وأبو العباس والصميري والشهد الثاني وغيرهم من جواز التصرف بما يعود به النفع على المرتهن كداواة المريض ورعي الحيوان وتأبير الفحل وختن العبد وخفض الحارية ان لم يؤد الى القرض الا أن يقال بحصول الاذن بذلك بالفحوى ولكنه حينئذ خروج عن الفرض لان محله التصرف الذي لم يتحقق فيه اذن أصلاً وليعلم أنه لا يجبر على الداواة ونحوها بخلاف النقة وكان الرعي منها وفي معناه سقي الاشجار وموتة الجدار وتجهيف الثمار وأجرة الاصطبل والبيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون كما سيأتي ذلك في كلام المصنف في أثناء الفصل السادس في الواحق **قوله** ﴿فلو بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفاً﴾ اذا تصرف الراهن بما يمنع منه فان كان يعتقد أو يعتقد كان موقوفاً على اجازة المرتهن كما في (التهاية وحامع الشرائع والشرائع والنافع، الدكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده واللمعة والمقتصر وغاية المرام والميسر وايضاح النافع والمسالك والروضة والكفاية والرياض) لعدم أدلة العتق السالبة عن المعارض لان المانع قد زال بالاجازة وذلك لا ينافي تنجيز العتق (العقد خل) كسائر العقود التي يشترط فيها ذلك لان التوقف الممنوع منه هو توقف المقتضي على شرط لا على زوال مانع والفرق بين المراعى والموقوف ان ما يتوقف عنه الحكم بالصحة في الموقوف يكون جزء سبب وفي المراعى يكون كاشفاً عما هو صحيح في نفس الامر (وقد قال) انه اذا كان منها عنه مع اشتراطه بالقربة كيف يمكن الحكم بالصحة مضافاً الى الاصل، اما لا نجد عموماً في أدلة لزوم العتق بحيث يشمل ما نحن فيه (وقد يجاب) بأن متعلق النهي هو التصرف وليس مجرد ايقاع الصيغة تصرفاً كما أشرنا اليه آفا وبيناه في باب الفضولي ويشهد على ذلك ان الشيخ جوز في المبسوط والخلاف

الاعتق المرتين فإنه يبطل وإن أجازته الراهن ولو سبق اذنه صح فلو افكك الرهن في لزوم العقود نظر (متن)

وغيره تزويج العبد المرهون إذا اشترط عدم التسليم إلا بعد افكك كما سيأتي إن شاء الله تعالى وأما العموم فقد قيل أنه مما قد تسالم الخصوم في الظاهر على وجوده لأن المانع لم يستند إلى عدمه بل استند إلى غيره كذا قيل (قلت) الذي استدل بالصوم في المقام صاحب إيضاح النافع لكنه قد يكون قضية كلام الباقيين وقد طفت عباراتهم في المقام بالاستدلال بأن المتق مبني على التغلب والراوندي أخذ بمحاول الاستدلال على وجود الصوم بكل آية تنطق بتحرير الرقبة في الكفارات قال فإنها تدل على حواز المتق إلى آخر ما قال (وأطلق) المنع من عتق الراهن في (المبسوط والمراسم والوسيلة والغنية) وكأنه مال إليه أو قال به في الدروس لكون المتق إيقاعاً فلا يكون موقوفاً لاختيار التخيير فيه وقد عرفت الحال في ذلك وبعض هؤلاء لا يقول بالفضولي في البيع ولا ترجيح في كشف الرموز والتفويض وإن كان التصرف بدون عقد أو إيقاع كأن يكون باتفاق منه أو بمن سلطه عليه ولو بقصد لم يصح وفل محرم أن قلنا إن النماء المتجدد يتبع الرهن كما يأتي بيانه في الفصل السادس ثبتت عليه أجرة ذلك إن كان بماله أجرة عادة وكانت رهناً وإن لم قل بالتبعية لم يلزمه شيء كما نبه على ذلك في المسالك وستحسنه صاحب الكفاية ﴿ قوله ﴾ ﴿ الاعتق المرتين فإنه يبطل وإن أجازته الراهن ﴾ كفاي (الشرائع والتحرير والارشاد وترحه لولاه والدروس واللمعة وغاية المرام والتفويض وجامع المتناصد والميسر والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية) وفي (الروضة) أن المتق يقع باطلاً قطعاً ما لم تسبق لاذن لا اعتق إلا في ملك وظاهره الإجماع وفي (شرح الارشاد) (الإيضاح خ ل) لفخر الإسلام قد اتفق الكل على اضمار الصحة في قوله عليه وآله السلام لا اعتق إلا في ملك وفي (المسالك) أن كثيراً من الأصحاب لم يتوقفوا فيه (قلت) أن كان هناك إجماع فلا كلام والافاضولي جار في مثله إذا اعتقه المرتين عن الراهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو سبق اذنه صح ﴾ أي لو سبق إذن الراهن للمرتين في العتق صح إن كان عن الراهن أو مطلقاً وكذا لو كان عن المرتين وينقل ملكه إلى المتق قبل إيقاع الصيغة المقترنة بالاذن كغيره من المأذونين فيه أي المتق ويحتمل على تكلف أن يكون المراد أنه لو سبق إذن أحدهما للآخر في التصرف صح تصرفه فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو افكك الرهن ففي لزوم العقود نظر ﴾ أي لو افكك الراهن الرهن أو افكك منك بأن يقرأ مبنياً للجهول ففي لزوم العقود الصادرة من الراهن من دون إذن المرتين أو إجازته نظر وقال في (التذكرة) ولو لم يعلم أي المرتين حق قضى الراهن الدين احتل بقائهما أي العقود فتكون لارمه انتهى فأمل وكما استشكلوا هنا في لزوم العقود وعدمه كذلك استشكلوا في نفوذ العتق وعدمه وينبغي أن يستشكلوا أيضاً في نفوذ الوقف وعدمه وقد يفرق بينه وبين العتق لأنه مبني على التغليب قل في (التحرير) فإن فكك فقي نفوذ العتق اتكالم وفي (الدروس) لو افكك لا ينفذ العتق لأنه لا يقع مطلقاً في (المسالك) أنه نفذ وفي (التذكرة) قل عن الشافعي قولين أحدهما أنه لا ينفذ لأنه لا يملك اعتاقه فأشبه ما إذا أعتق المحصور عليه للسفنه ثم زال الحجر والثاني أنه ينفذ لأن المانع حق المرتين وقد زال ثم قال والخلاف فيه كالخلاف فيما إذا أعتق المحجور عليه بالفلس عبداً ثم افكك عنه الحجر ولم يتفق بيع ذلك العبد ثم رجعنا إلى باب الحجر فوجدناه

والاقترب الزوم من جهة الراهن قبل الفك ولو اجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسحا له
مطلقا او فيما قابل الدين الثاني او العدم مطلقا نظر (متن)

ينقل عن الشيخ قدس الله روحه وبعض العامة القول بطلان العتق وجعله أقوى ثم نقل قولاً بأن
العتق لا يقع باطلاً بل يكون موقوفاً ونفى عنه البأس والاكترون لم يتعرضوا لحال العتق والعتق مع
الفك او الافسكاك وانما تعرضوا لهما مع الاجازة فيحتمل أن يكون الجميع من سنخ واحد وان لا
يكون كذلك ويأتي في أواخر الفصل السادس عند شرح قوله فان افكك ظهر صحة العتق ماله نفع
تام في المقام وقد قوى الزوم في العتق الفخر في الايضاح والشهد في حواشيه والمحقق الثاني لانها
لارمه في أصلها كما هو الفرض وجوارها انما كان بسبب حق المرهن وقد زال فيزول الجواز ولانها لازمة
من طرف الراهن لصدور العقد اللازم منه في حال كونه مالكا فحقه أن يكون لازماً كما يأتي قريناً
وحد المتقضي والجواز انما هو لملاقاة حق المرهن فاذا زال لم يبق للجواز مقتضى وقرى واضح بين
اذا باع مال غيره فضولياً ثم ورثه أو اشتراه وكيه حيث قال انه يقع باطلاً أو موقوفاً على اجازة البائع
الوارث لان مال الغير غير مملوك للمتصرف فالمقتضي للصحة متف وبمجرد الصيغة لا تعد مقتضياً بخلاف
ما نحن فيه فان الملك منحصر في الراهن والمقتضي وهو العقد الصادر من أهله في مملوك موجود غاية الامر
ان حق المرهن مانع فاذا انتفى عمل المقتضي عمله (وأيضاً) فانه لا سبيل الى اعتبار احازة المرهن بعد
انقطاع علاقه ولا الى بطلان تصرف الراهن المالك اذ تصرفه قبل الافسكاك غير محكوم ببطلانه
بعدمه ووجه الجواز ان هذه العقود وقعت جائزة فيبقى جوازها مستصحباً وسيأتي للمصنف في الفصل
السادس انه اذا جنى على الرهن في يد المرهن جاز فسخ الراهن عن المال الذي لزم الحائي بسبب
الحماية ان الاقرب أن المرهن يأخذ المال الذي أوجبه الجناية من الراهن (الحائي خ ل) فان افكك
الرهن ظهرت صحة العفو ولا فلا وقوى في جامع المقاصد عدم صحة العفو وعدم وقوعه موقوفاً
بل قال ان القول بصحة العفو وكونه موقوفاً على فك الرهن ليس شياً قلت وقد يكون قضية ذلك
ان العتق والوقف كذلك بل قد يلزمه ذلك في العقود فليأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقترب الزوم من
جهة الراهن قبل الفك ﴾ كما هو خيرة (الايضاح وجامع المقاصد) لانه صدر منه العقد في حال كونه
مالكا فحقه أن يكون لازماً ولا مقتضى للجواز الا حق المرهن وهو محصر في جانبه فيختص به لان
العقد فصولي بالنسبة اليه متوقف على اجارته وسأن العقد الفصولي على القول بأن الاجارة كالشفة كما هو
الحق أن يكون جائزاً من طرف من وقع العقد فصولياً بالنسبة اليه خاصة دون الماقد الآخر مع الفضولي
فالمتد فيما نحن فيه لازم من جهة الراهن البائع والمشتري وحائز من جهة المرهن خاصة لان الفصولية
انما هي بالنسبة اليه نعم لو قلنا ان الاجازة نافذة وجزأ لسبب في الفصولي كان العقد حائراً من طرف
المصولي وغيره أعني الماقد الآخر لكما قد تقول بالزوم فيما نحن فيه وان قلنا ان الاجازة في الفصولي
نافذة لان المأتي به لها سبب تام اقضاء ان المانع موجود وهو لا يخل بوجود السبب التام من الراهن
الذي هو المالك كذا حقق في جامع المقاصد وهو جيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو أجاز الرهانة الثانية
ففي كونه فسحا له مطلقاً او فيما قابل الدين أو العدم مطلقاً نظر ﴾ يجوز الزيادة في الرهن على الدين
وفيه عليه وهذا الثاني اما أن يكون عند المرهون عنده أو عند غيره (فالصور ثلاث) أما الصورة الاولى

قد تعرض لما المصنف بخصوصها فيما يأتي من الباب في آخر الفصل الرابع في الحق ومثلها أن يكون قد رهن عنده ثوبا بشرة دراهم ثم بعد ذلك زاده ثوبا آخر ليكون مرهونا مع الاول بالمشرة ولا كلام فيها لجواز عروض مانع من الاستيفاء من الرهن الاول وزيادة الارتفاق وقد نفى الخلاف في المبسوط عن صحة ذلك ونص عليها في جامع الشرائع والتذكرة في موضعين منها والتحريروم وجامع المقاصد فيما يأتي والمسالك ومجمع البرهان ولا فرق بين كون قيمة كل من الرهنين مساوية لقيمة الدين أو أقص أو أزيد والثوبان في المثال يكونان رهنا بكل الدين على ما سيأتي من أنه إن شرط كونها على الحق وعلى كل جزء منه لم يفسخ مادام من الحق شيء وإن شرط كونها رهنا عليه لا على كل جزء منه صح وانفسخ بأداء شيء من الحق وفي وجوب القبول هنا لبعض الحق نظر من أداته إلى الضرر بالانفساخ ومن قضية الشرط ووجوب قبض بعض الحق في غير ما يلزم منه نقص في المسألة وإن أطلق ففي حمله على المعنى الاول والثاني نظر اقواء الاول كما ستعرف وقال أبو حنيفة يقسم الدين على قيمة الرهن الاول يوم قبضه وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها فلو كانت قيمة الاول يوم قبضه ألفا وقيمة الزيادة يوم قبضت خمسمائة والدين ألف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين (وأما الصورة الثانية) وهي رهن المرهون عند المرتهن على دين آخر ففي (المبسوط والخلاف والشرائع وجامع الشرائع والتذكرة والتحريروم والارشاد والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد فيما يأتي والمسالك ومجمع البرهان) أنه يصح ولا يشترط فسخ الرهن الاول ثم تجديدهما كما في الدروس بل يضم الثاني مقد جديد كما في المسالك وقال في (الدروس) فإن شرط كونه رهنا عليهما فالرانة الاولى باقية ولو لم يشترط الرهن بأن اتفاقا على ارادة المجرع فكذلك وإن أطلقا في بطلان الاول تردد وقضية كلام الاصحاب الاطلاق ولعله لما أشار إليه في التذكرة من أن الدينين إذا كانا لواحد لم يحصل من التنازع ما إذا تعدد فأمل ومنع أبو حنيفة من هذه الصورة كما منع الثالثة كما يأتي مستندا إلى أن الدين يشغل الرهن ولا عكس ومعناه أن الزيادة في الرهن شغل فارغ والزيادة في الدين شغل مشغول (وفيه) أنه مع عدم اطراد عدم الشغل فيما إذا كانت القيمة زائدة على قيمة الرهن الاول أضاعا مضاعفة غير مانع لعدم المانع مع وجود المقضي فإن التوثيق بشيء شيء آخر لا ينافي التوثيق به لا آخر فتدبر (وأما الصورة الثالثة) وهي رهن المرهون عند غير المرتهن بإجازة منه وهذه تنحل إلى صورتين (الاولى) أن يكون ذلك باتفاق المرتهنين من غير ابطال الاول وحينئذ يكون رهنا على الحقين كما في التحريروم وظاهر الشرائع والارشاد وفي (الدروس) ما سمعته آتقان التردد في بطلان الاول إذا أطلقا والصحة إذا اشترطا كونه رهنا عليهما أو اتفاقا على ارادة المجموع (الثانية) أن يكون ذلك من دون إذن المرتهن الأول ثم يعلم فيطلق الإجازة فإن كان الرهن أزيد من دين الاول قام في المسئلة احتمالات ثلاثة وإن كان مساويا أو أقص فاحتمالان ولم يرجح المصنف هنا ولا في التحريروم ولا ولده في الايضاح ولا الشهيد في الدروس وحواشي الكتاب ولا الصيمري في غاية المرام شيئا من الاحتمالات (الاول) منها عدم البطلان مطلقا أي في مجموع الرهن سواء ما قابل دينه وما زاد عليه كما هو خيرة التذكرة وجامع المقاصد وفي عنه البعد في مجمع البرهان وهو ظاهر الارشاد لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد الشامل لموضع النزاع وعدم ثبوت مناف يتضي الطارن لانه لا يمنع كون الشيء رهنا للمجموع (بمجموع خل) لا يفي نمته بأدائه لأن الاداء ثمرة الرهن بعد تحققه لا نمته وإنما يثبت الاداء بحسب حال الثمن باعتبار كثرته وقلته وتقديم دين شخص في الاداء على آخر

ويترتب حكم اسقاط الثاني حقه ولو لم يعلم الاول حتى مات الراهن ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الاول من دون الثرماء أشكال ولا حكم لاجازة الاول ولا فسخه بعد

موت الراهن (متن)

لا ينافي تعلق كل من الدينين بالرهن لما قلناه من أن ذلك ثمرة الرهن ومقصوده ولا محذور في أن يكون المقصود في بعض أولى وأسبق من البعض الآخر وان امتويا فيما له المقصود والثمرة ولأنه لو تضمن عقد واحد رهنا بدينين وتقديم أحدهما في الاداء على الآخر ثم تأدية الآخر بعد أداء الاول لم يكن ذلك باطلا ففي المقدين المستقلين أولى لوقوع الثاني بعد انقطع بصحة الاول فلا بد في طرو البطلان عليه من دليل أقوى من دليل الصحة (الثاني) البطلان مطلقا ووجهه ان مقتضى الرهن الاختصاص بمجموعه بالنسبة الى الدين المرهون به ليقضى ذلك الدين من ثمنه واختصاص كل من الدينين بمجموع الرهن متافيان لان اختصاص أحدهما بالمجموع على هذا الحكم ينافي اختصاص الآخر وقد ثبت رهن الثاني بالسبب الطارئ واجازة المرتين الاول فيطل الاول الثالث ان الاجازة موجبة لفسخ رهنه فيما قابل الدين الثاني لان المناقاة باعتبار مقصود الرهن مختصة به بخلاف ما زاد وضمف بأن الرهن متعلق بالمجموع فان اقتضى الاختصاص اقتضاه في المجموع والا لم يقتض في شيء منه ولأن الثمن على تقدير اعتبار المقابلة والزيادة بالنسبة اليه لا ينضبط فقد يكون في وقت الرهانة كثيرا يفي منه قية بعد الدين الثاني ثم يتجدد نقصان وبالعكس ويستجبل نتجد ثبوت الحق بعد كون العقد حال وقوعه غير متقض له وأما اذ ساواه أو نقص عنه فانه يسقط الاحتمال الثالث قوله ﴿ ويترتب حكم اسقاط الثاني حقه ﴾ يريد أنه لو أسقط المرتين الثاني حقه فحكمه يترتب على الاحتمالات الثلاثة فعلى الاول في كلام المصنف لاحق للمرتين الاول وعلى الثاني لاحق له فيما قابل الدين الثاني وعلى الثالث حقه بحاله ومنه يعرف حال ما اذا أسقط المرتين الاول حقه ويزيد هذا في شيء وهو ما اذا كان دين المرتين الاول مائة مثلا ودين المرتين الثاني كذلك وكانت قيمة الرهن يوم قبضه المرتين الاول تساوي مائة ويوم قبضه الثاني تساوي خمسين فاذا أسقط الاول حقه كان رهنا عند الثاني على خمسين فقط وان كان له عنده مائة فاذا وفاه خمسين له أن يأخذ الرهن وتبقى الخمسون الاخرى بلا رهن بناء على أن المتبر في قيمة الرهن انما هو حين قبضه أو حين العقد هذا في الصورة الثانية من الثالثة وأما على الاول منها فاذا أسقط أحدهما حقه احتمل اختصاص الآخر بالجميع ان قلنا انه رهن على كل من الحقين وعلى كل جزء منهما أو بالنصف ان تساوى الدينان أو قلنا ان النصف هو الاصل والافالتسيط كما مر متله فيما لو تعدد المرتين وأحمد المقد قوله ﴿ ولو لم يعلم الاول حتى مات الراهن ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الاول من دون الثرماء أشكال ولا حكم لاجازة الاول ولا فسخه بعد موت الراهن ﴾ اذا لم يعلم المرتين الاول بالرهانة الثانية حتى مات الراهن فان كان مساويا لدين المرتين ولم يجز أو قلنا بعدم اعتبار اجازته اختص به ولا بحث وان قلنا باعتبارها وأجاز جاء الاحتمالان السابقان وان كان زائدا فاما أن تكون العين قد بيعت في دين الاول وقيت من القيمة بقية عن دينه أو بيع بعضها في دين الاول وفي البعض الآخر عن العين فاضلا فان كان الاول امتنع ففوذ الرهن الثاني في الفاضل من القيمة عن دين الاول لان الرهانة الثانية حينئذ خالية عن الاجازة والافتكاك

ولو اعتق الراهن بأذن المرتهن وبالعكس سقط الغرم (متن)

وهي لا تكون الا بهما فاذا اتفق التعلق بالعين اتفق بالقيمة فلا يختص الثاني بالفاضل دون الغرماء كما حكم بذلك في حواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد ولا حكم حينئذ أي بعد البيع لاجازة المرتهن ولا لفسخه لاقطاع علاقته واستيفائه حقه كما هو المفروض وأما احتمال الاختصاص استنادا كما في الايضاح وغيره الى أن الرهن الثاني لم يقع باطلا بل موقوفا على زوال مزاحمة الاول وقد زالت في الفاضل والى انه كان لازما من جهة الراهن فأرهن شيئا لان ذلك انما يتجه اذا افككه أو أجاز المرتهن واذا لم يكن شيئا منهما ظهر انه وقع باطلا نعم يتم ذلك اذا كان الماضل فاضلا من العين لامن القيمة لما ذكر من الوجوبين هذا كله اذا لم يجوز قبل البيع في المستثنى اوقلا بعدم اعتبار احازته وان أجاز قبله وقلنا باعتبارها كما هو الظاهر جاءت الاحتمالات الثلاثة السابقة وكانت اجازته كاتفة من عدم تعلق حق باقي الغرماء ورده كاستغناء التعلق المذكور فكان تعلق حق الغرماء وعدمه فرع الاختصاص والاختصاص وعدمه فرع نفوذ الرهانة البانية وعدم نفوذها ونفوذها بالنسبة الى العين انما يكون بأحد أمرين الاجازة والافسك ككما عرفت فتكون اجازته بالنسبة الى العين معتبرة بعد موت الراهن كما كانت قبله اذ لا دليل على زوال اعتبارها بقول المصنف ولا حكم لاجازة الاول ولا فسحه انما يصح على تقدير احتمال نفوذ رهن الثاني بقيمة الرهن بعد بيعه لاداء دين الاول وصاحب عاية المرام قال كما قال المصنف من انه لاحكم لاجازة الاول ولا فسخه ووجهه بتوجيهه سخييف جدا بل هو غلط صرف هذا تنقيح البحث في المسئلة وقد جعل في حواشي السعيد وحيي الاشكال من عدم جوازه ابتداء فكذا انتهاء وفي (الايضاح) من انه لم يقع باطلا بل موقوفا على زوال مزاحمة الاول وقد زالت ولانه كان لازما من جهة الراهن ومن انه لم يكن عقدا لازما ولانه حال وجوده كان ممنوعا من التصرف وفي هذه الحال لا يعتبر (لا يعلم خل) تصرفه ونحوه ما في جامع المقاصد اسكنه بعد ذلك حقق المقام بنحو ما ذكرناه - **قوله** - ﴿ ولو أعتق الراهن بأذن المرتهن أو بالعكس سقط الغرم ﴾ دين المرتهن اما حال أو مؤجل وعلى التقديرين فاما أن يأذن في العتق أو الهبة مما كان بغير عوض أو في البيع فان أذن في الاولين حمل فلا اشكال في عدم لزوم اقامة بدله لانهما بغير عوض وقد زال متعلق الرهن وهو العين بأذن المرتهن ولا فرق في ذلك بين كون الدين حالا أو مؤجلا كما نص على ذلك جماعة وان أذن في البيع فباع انفسخ الرهن ولا يجب عليه جعل قيمته مكانه كما في الشرائع والتدكرة والارشاد والكتاب فيما يأتي والروضة ومجمع الرهان والكفاية وفي (المسالك) انه المشهور لان البيع انما وقع باذنه ولم يوجد ما يدل على رهنية التمس اد الفرض عدم العقد عليه والبيع في المبسوط تفصيل لان له فيه عبارتين قال في احدهما لو اع باذنه انفسخ الرهن ولا يجب عليه جعل قيمته مكانه وقال فيه بعد أسطر ولو أذن له في البيع مد (في خل) محل الحق فباع صح البيع وكان ثمنه رها مكانه حتى يقضى منه أو من غيره وهو خيرة التحرير وظاهر الدروس ولم يرجح في المسالك فالخلاف انما هو فيما اذا كان حالا أو قد حل ولا يخالف في المؤجل الا ما حكى عن الكوفي من وجوب جعل قيمته رها هذا كله اذا لم يشترط المرتهن كون القيمة رها والا لزم كما نص عليه في الخلاف والمبسوط وغيرها والظاهر أنه لا خلاف فيه عندنا بل يظهر من التدكرة والمسالك الاجماع عليه حيث قال في الاول صح

ولو اذن في الهبة فوهب فرجع قبل الاقباض صح الرجوع على اشكال ينشأ من سقوط
حقه بالاذن وعدمه (متن)

البيع والشرط عندنا وفي الثاني قطعا لعموم قوله صلى الله عليه وسلم المؤمنون عند شروطهم ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدين حالا أو مؤجلا ومثله في الجواز عندنا كما في التذكرة ما لو كان الدين مؤجلا فأذن المرتهن في البيع بشرط أن يجعل ثمنه من حقه فانه يلزم الشرط لانه شرط سائغ تدعو الحاجة اليه وظاهره الاجماع عليه والمخالف الشيخ في الخلاف قال يكون الثمن رهنا ولا يلزمه الوفاء بتقديم الحق قبل الاجل ونحوه كما في المبسوط (قلت) ومثل اشتراط كون القيمة رهنا ما اذا اتفقا على نقل الوثيقة الى عين أخرى واحتمال المنع في هذا متوجه لانه يتمتع البدل مع بقاء الاول الا أن يخاف عليه من المساد فيقوى احتمال الحوار لان الحق لا يعدوهما فتأمل وأما اذا أعتق المرتهن بأذن الراهن كما أشار اليه للمصنف بقوله وبالعكس فلحكم فيه ظاهر كما في جامع المقاصد (قلت) ان كان المرتهن أعتقه عن نفسه بنى على أنه هل ينتقل اليه بالصيغة أو قبلها آنا يسيرا أو بالاذن وان كان عن المالك فكالاصل ويبني الحال فيه على قبوله التوكيل والظاهر أنه يقبله فليحظ في محله واذا باع المرتهن بأذن الراهن قبل حلول دينه جاز ويكون الثمن رهنا حتى يحل لدين ولا (فلاخل) يجوز للمرتهن التصرف فيه كما صرح به جماعة كثيرون منهم المصنف فيما يأتي وقيل لا يكون رهنا حكاه في جامع الشرائع ~~وقوله~~ ولو اذن له في الهبة فوهب فرجع قبل الاقباض صح الرجوع على اشكال ينشأ من سقوط حقه بالاذن وعدمه أي ينشأ الاشكال من التردد في سقوط حق المرتهن بالاذن وعدمه ووجه التردد ان الاذن في المسقط يدل على الرضا بالسقوط فيمكن عده مسقطا (وفيه) ان الثاني للرهن هو المقتضي للسقوط لا الرضا به قال في (جامع المقاصد) فالاصح صحة الرجوع وبه جزم في (التذكرة) ولم يرجح صاحب الايضاح ولا الشهيد في حواشي الكتاب للتردد الناشئ من ان التصرف الناقل لا يجامع الرهن فاذا اذن ووقع الراهن قد رفع لازم الرهن ورفع اللازم يستلزم رفع الملزوم فيسقط حقه ومن ان المسقط هو النقل فعلا لا امكانه والاذن انما افادت الثاني لا الاول ونحن نقول اذا اذن المرتهن ورجع قاما ان ياذن في تصرفات ناقله كالبيع والهبة المقبوضة او غير ناقله كالهبة الغير المقبوضة والوطؤ مثلا وعلى التقديرين فالرجوع اما قبل ايقاع التصرفات او بعده وعلى التقادير فالراهن اما عالم بالرجوع ام لا وكذلك الحال فيما اذا اذن الراهن للمرتهن ورجع كذلك فاذا اذن المرتهن في تصرف ناقل ثم رجع قبل ايقاعه مع علم الراهن به فهو كما اذا لم ياذن ولا يسقط حقه بذلك صرح بذلك في المبسوط وغيره واما اذا رجع ولم يعلم الراهن فباع وتصرف ففي المبسوط ان البيع باطل والرجوع صحيح وفيه نظر اذ الظاهر انه من باب عزل الوكيل ولم يعلم حتى تصرف ولو اذن له في البيع او الهبة فباع بشرط الخيار او وهب ولم يقبض فرجع المرتهن ففي الارا بمحتمل عدم الصحة لان مبنى البيع على اللزوم والنقل والخيار عارض انما يظهر اثره في حق من له الخيار وبمحتمل الصحة لان المقدم يلزم ويقوى الاشكال فيما اذا كانت الخيار اصيلا كخيار المجلس وامل الاقوى فيهما عدم الصحة كما لعله يفهم من كلام الايضاح وجامع المقاصد واما الثاني وهو ما اذا وهب ولم يقبض فانه يصح له فيه الرجوع بلا اشكال لان الاذن ليست مسقطه بمجرد ما قطعا لما عرقه فيما اذا اذن ورجع قبل الايقاع فالمسقط انما هو المقدم

ولو احبلها الراهن لم يطل الرهن وان كان بأذن المرتهن وان صارت ام ولده وفي بيعها اشكال ولو ماتت في الطلق فعليه القيمة (متن)

فيجب النظر في حاله فنظرنافيه فاذا هو عار عن القفل فضلا عن الزوم لان الركن الاعظم فيه هو الاقباض ولم يحصل وحينئذ فلا اشكال في صحة الرجوع وامتناع الاقباض سواء كان اذن في الهبة مطلقا او صرح بالاذن بالاقباض واما اذا اذن في غير القفل كالوطي فيأتي حكمه في المسئلة الآتية واما اذا انعكس الامر كما لو اذن الراهن للمرتهن في البيع او الهبة او غير ذلك فلا ريب ان له الرجوع في زمن الخيار مطلقا وفي الهبة قبل الاقباض بل وبهذه الا في مواضع معلومة نعم حكمه حكم المرتهن باعتبار العلم بالرجوع وعدمه لان المرتهن حينئذ وكيل عنه ويتقى الكلام في انه اذا رجع الراهن في زمن الخيار او في الهبة بعد الاقباض هل يدور ههنا كما كان الظاهر لعدم مثل ما تقدم لكنهم قد قالوا فيما اذا اشترى المرتهن عينا من الراهن بدينه انه يصح ويطل الرهن فان تلفت العين قبل القبض عاد الدين والرهن قاله في المبسوط وهو قد يستأنس به لما نحن فيه وليس به وقال ايضا وكذا لو قبضه ثم تقايلا عاد الدين والرهن كالمصير يصير خراثم يدور خلا وهذا الاخير نظير ما نحن فيه ويأتي بيان الحال فيه واما اذا رجع في الهبة قبل الاقباض فالظاهر بقاء الرهنية ~~قوله~~ ولو احبلها الراهن لم يطل الرهن وان كان بأذن المرتهن وان صارت ام ولده وفي بيعها اشكال ولو ماتت في الطلق فعليه القيمة الجارية المرهونة اما ان يطأها الراهن او المرتهن وذلك اما مع الاذن او بدونها فالصور اربع ولك ان تزيد في التسمية فتقول وذلك اما مع الحبل او بدونه وعلى الاول اما ان تموت في الطلق ام لا وعليه ايضا اما ان يحل الحق وهي حامل ام لا واذا ولدت من الراهن فهل تباع قبل ان تسقيه اللبن اولا وعلى التقادير اما ان يرجع بالاذن ام لا مع علم الآخر وبدونه الى غير ذلك ونحن نستوفي الكلام في ذلك ان شاء الله تعالى (فلاولى) من الصور الاربع ان يطأها الراهن بأذن المرتهن ويجعلها فان الرهن لا يطل كما نص عليه في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر وجامع الشرايع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتلخيص والمختلف واللمعة وغاية المرام وجامع المقاصد والروضة والمسالك وجمع البرهان والكافية وهو قضية كلام الباين وفي (المسالك) لاشبهة فيه وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال عندنا لان الرهن بعد تمامه ولزومه انما يطل بمنافيه والاحبال وان وقع بالاذن غير مناف وان صارت ام ولد اذ لا يتمتع بيعها اذا تعلق بها حق المرتهن سابقا على الاستيلاد اما مطلقا او مع الاعسار على اختلاف الاراء والتماثل بامتناع بيعها يقول بعدم المناقات ايضا لان الولد مانع طار يجوز زواله بموته فتباع لزوال المانم كما ستسمع واما انها تصير ام ولده فقد نص عليه في اكثر الكتب السالفة وهو مما لا ريب فيه وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث نسبته الى مذهبنا وهذان الحكمان جاريان فيما اذا وطأها بدون اذن المرتهن كما هو قضية اطلاق الاكثر وصرح السرائر والغنية وغاية المرام والمسالك والروضة وغيرها وهي الصورة الثانية بل لعل الاول في هذه اولى نعم فترقان في امور اخر كالاثم والتحرير والتزام القيمة كما ستسمع وعلى التقديرين اي الوطؤ مع الاذن وبدونه هل يجوز بيعها ام لان فالمصنف هنا وفي الارشاد والتلخيص وولده في الايضاح والشهد في الدروس وغاية المراد وابن السيد عميد الدين في تخلص التلخيص والحراساني في الكفاية لم

يجزئوا بشي فهم بين مصرح بالتردد والاشكال وبين قائل في المسئلة خلاف او قولان او اقوال
 وستعرف وجه ذلك عندهم ولعلمهم لا يتأملون في جواز بيعها لو كانت مرهونة في ثمن رقبتهما لكن
 المستشكل والمجوز والمانع اطلقوا ولم يفرقوا والذي ينبغي تنزيل كلامهم على ما عدى هذا الفرض
 والشيخ في الخلاف والسيد حمزه في الفنية والمصنف في التذكرة والشهيد في الحواشي على الظاهر
 منه انها تباع مع اعسار الراهن ومع يساره يجب بذل القيمة لتكون رهنا جمعا بين الحقيين وفي (الفنية)
 الاجماع عليه ولم يبينوا لنا ان بذل القيمة مع اليسار هل هو بعد حلول الدين او قبله وكيف كان
 فيه ان الرهانة أن بقيت فهي متعلقة بالعين والا فلا تعلق لها بالقيمة فتأمل ولا حق لها مع سبق حق
 غيرها عليها وكان الاجماع موهوب بمصير الجماعة الى خلافه وان اختلفوا وفي (السرائر) ان باقي الخلاف
 يخالف لاصول المذهب قلت لكنه احوط والشيخ في المبسوط على ما حكاه عنه في جامع المقاصد
 وابن ادريس في السرائر والمصنف في المختلف والشهيد في اللمعة والكركي في جامع المقاصد والشهيد
 الثاني في المسالك والمقدس الاردبيلي في مجمع البرهان على انه يجوز بيعها مطلقا لسبق حق المرتهن
 على حقها فيقدم اسبق الحقيين عملا بالاستصحاب ولعلم الفارق بين تعلق الدين (الحقين خل) بها وبين
 رقبتهما ولعلم اقوى لان عموم بيع الرهن لاداء الدين وان عارضه عمومات الهي عن بيع امهات الاولاد
 الا ان هذا ارجح بسبق حق المرتهن الذي لا دليل على بطلانه فيخص به عموم الهي قلت هذا متوجه
 فيما اذا لم يأذن وعلى هذا القول تباع ان استوعب الدين قيمتها والا فلا يجوز بيع الفاضل الا اذا لم
 يوجد من يشتري للقابل والمحقق في السرائر والمصنف في التحرير على المنع من البيع وكذا الشيخ
 في المبسوط على ما حكى عنه الشهيد في غاية المراد وحكاه عنه في باب الكتابة ابن السيد
 العميد في تخلص التلخيص ولم يحضرن في المبسوط في باب الكتابة وكلامه في المقام كانه ظاهر في الحواز
 وكيف كان فقد قال في الايضاح في تحرير هذا القول انه يمنع من التصرف حينئذ حتى يؤدي الدين
 وفي (الدروس) انه يقام بدلا ويتوقع قضاء الدين او موت ولدها وكأنه اراد هذا الصيرري بقوله
 انه يجبر على فكها بخلاف غيرها فان الراهن لا يجبر على الفك بل له ان يوفي الدين من الرهن لكن
 قال الشهيد ايضا في (غاية المراد) انه لاتنافي بين المنع من بيعها وبقاء الرهن تربصا لموت الولد ومنعا
 للمالك عن التصرف فيها وقضيته انه لا يقيم بدلا ثم انهم لم يوضحوا لنا متى يقيم بدلا اقبل الحلول
 ام بعده وكأنه قال في الروضة بهذا القول بل قد يطهر منها ان المنع من البيع جار على الاقوال الثلاثة
 فتلاحظ عبارتها فانها غير واضحة (وحجة) هذا القول عموم الهي عن بيع ام الولد وان قوة الاستيلاء
 تضاهي قوة العتق بل ربما كانت اشد منها باعتبار نفوذ الاستيلاء فيما لا ينفذ فيه العتق كاستيلاء
 المجنون والمحجور عليه وكذا المريض ينفذ استيلاؤه من الاصل واعتاقه من الثلث ولا تنافي بين المنع
 من بيعها وبقاء الرهن تربصا لموت الولد ومنعا للمالك من التصرف (وفيه) ان العموم معارض بما هو اقوى
 منه واكثر فيخص به وسبق تعلق الحق هو القاضي بالفرق بين ما نحن فيه وما مثلوا به والتربص
 تعطيل لحق المرتهن وتعلق بغير المعتاد (وهناك) قول رابع حكاه في المسالك وهو جواز بيعها مع وطئه
 بغير اذنه ومنعه مع وقوعه باذنه وحكى عن الشهيد اختياره في بعض حواشيه وهو قوي موافق للاصول
 والاعتبار ان لم يكن حارقا للاجماع على الخلاف (وهناك) قول خامس لابي حنيفة لم يحتمله احد من
 اصحابنا وهو انها تمتق مطلقا فان كان مفسرا استسعت في قيمتها وان كان موسرا الزم رهن قيمتها

وكذا لو وطأ أمة غيره بشبهة (متن)

(قلت) هو مقتضى القياس على استيلاء المجنون والمحجور عليه هذا كله إذا جلت أو ولدت ولم تمت أو لم تنقص قيمتها أما لو ماتت بالطلق أو قصت قيمتها بالولادة فالصواب أن لا قيمة ولا ارش إذا كان الوطؤ مع الاذن كما نبه عليه في جامع الشرائع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد وقد اطلق المصنف الحكم بأن عليه القيمة فينزل على ما ذكرنا والا فقد يقال إن إضافة الهلاك إلى الوطئ ولو كان بغير اذن بيده وإحالة إلى علل أخرى وعوارض تعرض أقرب من إضافته إلى الوطئ إلا أن نقول إنه سبب ظاهر كحفر البئر ونحوه وحيث يجب الارش أو القيمة يكون رهنًا معها وله أن يصرفه إلى قضاء الحق ولا يرهن وهل تباع قبل أن تسقيه اللبن الظاهر ذلك إذا وجد من يسقيه أو شرط على المشتري سقيه وعدم المسافرة بها والا فلا عملاً بخبر الضرار وموافقة للاعتبار (الصورة الثالثة) أن يطأها المرتهن باذن الراهن فالوطؤ جائز ولا حد ولا مهر والولد حر لاحق بالمرتهن وقد حكى على هذا الإجماع في الخلاف والمبسوط وفي (الغنية) نفى عنه الخلاف وظاهر الخلاف الإجماع على أنه لا يلزم الأب قيمته ونص عليه في (المبسوط والغنية والسرائر) وفي (الدروس) أنه لا مهر ولا قيمة عند الشيخ وهو بعد إلا أن يحمل على التحليل لكن كلام الشيخ ينفى لأن الغرض من الرهن الوثيقة ولا وثيقة مع تسلط المالك على البيع والوطئ وغيره من المنافع المعرضة للقص أو الاتلاف انتهى فأمل فيه ولم يرجح في التذكرة لكن للشيخ في المبسوط والخلاف والسيد حمزة في الغنية كلام يعطي تحريم الوطئ على المرتهن مع اذن الراهن قال في (المبسوط) إذا وطأها باذن الراهن فإن لم يدع الجهالة بتحريم ذلك فهو زنا وقال في (الخلاف) إذا وطأ الجارية الموهونة باذن الراهن مع العلم بتحريم ذلك لم يجب عليه المهر انتهى ومثله قال في الغنية وكأنه يخالف للإجماع فعله محمول على اشتراط التلطف بالتحليل أو على وطئها على صفة لا يباح معها الوطؤ كما إذا كانت محرمة أو في حيض لكن ذلك في غاية البعد عن عبارة المبسوط فليحظ ذلك وهل تصير أم ولد في الحال أو لا تصير ولو ملكها المرتهن بعد ذلك ففي (الخلاف والمبسوط والتحرير) أنها لو اشتراها المرتهن صارت أم ولد له واستدلوا عليه بالاستتقاق وفي (المختلف) أنها لا تصير بذلك أم ولد وهو ظاهر التذكرة وهو الظاهر وهذه يجوز بيعها بخلاف كما في السرائر (الرابعة) أن يطأها بدون اذن فإن كان ظنها زوجته أو أمته فلا حد وعليه المهر والولد حرّ وعليه قيمته للراهن يوم سقط حيا وإن ادعى الجهالة وكانت محتملة قبلت دعواه ثم إن أكرهها وحب المهر وكذلك يجب أن ادعت الجهالة وكانت محتملة ويسقط عنها بذلك الحد وإن كان عالما فهو زان وعليه الحد ويجب المهر إن كانت مكروهة إجماعا وإن طأعت فتولان ذكرهما غير مرة وإن كانت جاهلة حد هو دونها ولو أحبلها كان الولد رقيقا لأن نسبه لا يثبت للمرتهن لأنه زان فيتبع الولد الأم هذا وأما إذا رجع عن الاذن بعد الوطئ لم ينفعه الرجوع وإن رجع قبله فإن علم برجوعه فقد سقط اذنه ولا يجوز له وطؤها وإن لم يعلم وفعل كان مافعله ماضيا وقد قيل أنه لا يكون ماضيا كما نبه على ذلك كله في المبسوط  قوله  وكذا لو وطأ أمة لغيره لشبهة أي يجب القيمة للمالك لو وطأ شخص أمة غيره لشبهة فماتت في الطلق وظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث قال عندنا لأن الوطأ استيلاء عليها والعلق من آثاره فأدنا به اليد والشبهة إنما تمنع الائم لا اسقاط

ولا يضمن زوجته ولا المزني بها الحرة المختارة لان الاستيلاء اثبات يد والحرة لا تدخل تحت اليد وفي اعتبار القيمة يوم التلف او الاحبال او الاعلى نظر ولو باع الراهن باذن المرتهن صح ولا يجب رهنية الثمن الا اذا شرط ولو قال اردت بالاطلاق ان يكون الثمن رهنا لم يقبل ولو ادعى شرط جعل الثمن رهنا حلف المنكر ولو انعكس الفرض لم يكن للمرتهن التصرف في الثمن قبل الاجل ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه اجازة اشكال فان قلنا به فلا شفعة ولو اسقط حق الرهانة فله الشفعة ان قلنا بازوم العقد (متن)

ضمان مال الغير ومنه يعلم حكم ما اذا كان بدون شبهة بالاولى **قوله** ﴿ ولا يضمن زوجته ﴾ بخلاف كما في التذكرة لان الوطأ مستحق شرعا فلا يترتب عليه ضمان اذ لا عدوان **قوله** ﴿ ولا المزني بها الحرة المختارة لان الاستيلاء اثبات يد والحرة لا تدخل تحت اليد ﴾ احتراز بالحرة عن الامة فانها تضمن مطلقا وبالمختارة عن المكروه فانه يجب عليه ضمانها لان التكوين من نطقه والسبب في التلف صادر عنه **قوله** ﴿ وفي اعتبار القيمة يوم التلف او الاحبال او الاعلى نظر ﴾ الاصح اعتبار قيمته يوم التلف كما تقدم الكلام في ذلك مستوفى في البيع الفاسد والعين المغصوبة وليس المراد بالاعلى في كلام المصنف الاعلى من يوم التلف ويوم الاحبال بل الاعلى من يوم الاحبال الى حين التلف والمراد بالقيمة القيمة السوقية فلو نقصت لنقصان في العين بسبب ونحوه فهو مضمون قطعا كما في (جامع المقاصد) وقد اوضحنا الكلام في ذلك ايضا **قوله** ﴿ ولو باع الى آخره ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك عند شرح قوله ولو أعتق الراهن باذن المرتهن **قوله** ﴿ ولو قال أردت بالاطلاق أن يكون الثمن رهنا لم يقبل ﴾ كما في (المبسوط والتحرير والدروس وجامع المقاصد) ومرجعه الى الاختلاف في النية ووجهه ان الاعتبار بما دل عليه اللفظ ولا دلالة في الاذن في البيع على ذلك **قوله** ﴿ ولو ادعى شرط جعل الثمن رهنا حلف المنكر ﴾ أي الراهن كما فهمه في (جامع المقاصد) مختارا له وفاقا للدروس وفي (التذكرة) حلف المرتهن لان القول قوله في أصل الاذن فكذا في صفته وهو ظاهر المبسوط قال لو قال أذنت بشرط أن تعطيني حتى منه قتال الراهن بل مطلقا فالقول قول المرتهن لان القول قوله في أصل الاذن فكذا في صفته وهو نظير ما نحن فيه وقال في (التحرير) بعد نقل ذلك عنه عندي فيه اشكال وكذا لو قال أذنت بشرط جعل الثمن رهنا انتهى فهو في التحرير مستشكل بما نحن فيه ايضا وقد يكون الاثبات بلفظ المنكر دون الراهن في كلام المصنف للاشعار بسبب تقديم قوله وهي كونه منكرا وقد يكون لما سمعته عن التذكرة والمبسوط فتأمل **قوله** ﴿ ولو انعكس الفرض لم يكن للمرتهن التصرف في الثمن قبل الاجل ﴾ المراد بانعكس الفرض أن يبيع المرتهن باذن الراهن وقد صرح بذلك جماعة كثيرون وقد تقدم الكلام في ذلك عند قوله ولو أعتق الراهن باذن المرتهن **قوله** ﴿ ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه اجازة اشكال فان قلنا به فلا شفعة ولو أسقط حق الرهانة فله الشفعة ان قلنا بازوم العقد ﴾ استشكل المصنف هنا وفي الارشاد في كون طلب المرتهن الشفعة اجازة والظاهر انه اجازة كما هو خيرة غاية المراد وجامع المقاصد ومجمع البرهان ولا تبطل به الشفعة اما الاول فلان الشفعة مسبقة ببيع صحيح وهو فرع رضى المرتهن

فطلبها يدل على رضاه بالبيع لأنه طلب معلول البيع فثبت العلة ضرورة إذ يجب تنزيل طلب المكلف على الوجه الصحيح لوجوب صيانة كلامه شرعا عن المنهية مع الامكان لان طلبها قبل البيع غير مشروع وفعل المسلم لا ينزل الا على المشروع ولا ريب ان الشفعة تابعة للملك المشتري سواء كان لازما أو جائزا وان وقع الخلاف في الجائز فيمتنع القول بأن الرهن غير مجيز على تقدير القول بترتب الشفعة على العقد المطلق أعني الملك اذ قبلها لا ملك لكنه طلبها فيمتنع على تقديرها انتفاء الملك الا أن يقال ان الشفعة والفسخ متساويان كما متسمة عن الايضاح وتعرف ضعفه والدلالة دلالة اقتضاء وهي معتبرة وان كانت لا تستفاد من اللفظ بمجرد بل بمعونة شيء آخر وبذلك فارتقت دلالة الالتزام لانها تستفاد من اللفظ بمجرد بشرط العلم بالوضع وتحقق اللزوم وأما الثاني فلان هذا الطلب استلزم الرضا ببيع ترتب عليه طلب الشفعة كما عرفت ولا يزيد هذا الرضا عن رضى غيره من طالبي الشفعة وهو الذي حكاه الشهيد عن ابن المتوج ووجه احتمال كونه ليس بإجازة ان اللفظ لا يدل عليها باحدى الدلالات الثلاث وأنه أعم لجواز صدوره حال الثقله عن الرضا بالبيع وعن الرهن ولا دلالة للعام على الخاص كافي (الايضاح والخواشي وجامع المقاصد وغاية المراد) ووجه في الايضاح أيضا بأن طلب ثبوت ملكه وإزالة ملك المشتري هو طلب مساوي الفسخ يعني الشفعة فلا يثبت عليه ضده يعني ملك المشتري لأنه انما صدر منه المساوي قلت معناه ان الفسخ والشفعة متساويان في طريق إزالة الملك عن المشتري فكما ان الفسخ لا يكون إجازة فكذا لاخذ بالشفعة وفي (غاية المراد) أنه ضعيف لان الشفعة إزالة ملك بعد ثبوته والفسخ رفعه بالكية فكيف يتساويان انتهى ووجه سقوط الشفعة ان قلنا ان الطلب إجازة انها رضى بالبيع والرضا بالبيع يسقط الشفعة وقد عرفت ان الرضا بالبيع الذي يترتب عليه طلب الشفعة لا يسقطها والا لم تثبت شفعة أصلا وقد قالوا ببقائها فيما اذا شهد أو بارك أو أذن في الاتيان أو ضمن الدرك أو توكل في البيع الموجب للشفعة وان كان بعضهم تردد وقال في (الايضاح) التحقيق ان هذه المسئلة تبنى على أن الشفعة هل تثبت بمجرد العقد أم يلزومه فان قلنا بالاول لم تكن إجازة ولم تسقط الشفعة به وان قلنا بالثاني كان إجازة فتبطل الشفعة لان طلبها يدل على إجازته لتلزم الشفعة والا لم يصح الطلب انتهى ومعناه كما ان الشريك اذا اجاز البيع ورضي به بعد البيع بطلت الشفعة ومعنى الاول كما في شرحه على الارشاد ان الشفعة تنبع مطلق البيع القابل للزوم سواء لم أو لا يدل الطلب على الرضا بالبيع فلعرضه المحقق الثاني بأنه لا يعقل ثبوت الشفعة بمجرد العقد الذي هو الايجاب والقبول لان هذا بمجرد لا يقتضي البيع فان البيع نفس النقل أو نفس الايجاب والقبول المقنضين للنقل أو الانتقال فكيف يعقل اثبات الشفعة التي هي تابع من توابع البيع بمجرد العقد ومع ذلك فلا يشترط بعد تحقق صحة البيع لزومه انتهى وأنت خير بأنه قد يقال لعله أراد ان بيع الراهن بيع صحيح لازم من طرف الراهن قابل للانتقال واللزوم بالإجازة أو الإبراء أو إسقاط حق الرهانة لان هذه تكشف عن الانتقال حين العقد فكان حال طلب الشفعة كحال التمسك بالعقد والإجازة فان اكتفينا بمثل ذلك في ثبوت الشفعة صح طلبها كما اكتفينا فيه بصحة العقد وان لم يكن لازما كما اذا باع والخيار له أو لها فبناء على ذلك لم يكن حينئذ طلب الشفعة إجازة لأنه لعله باءد إلى طلبها لأنه يريد أن يسقط حق الرهانة ليأخذ بالشفعة ويكون قد فاز فيكون ذلك منه إشارة الى خلاف ما ذكر والده من الاشكال وما بعده من قوله ولو أسقط حق الرهانة فله الشفعة ان قلنا بلزوم العقد ولهذا ساء تحقيقا مضقا الى

ويجوز أن يشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره أو وضعه على يد عدل وليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ (متن)

أنه لا يكاد يتحصل لقوله ولو أسقط إلى آخره معنى صحيح إذ لا يشترط بعد تحقق صحة البيع لزومه ثبوتها بل لو كان جائزا من الطرفين ثبتت كما عرفت ثم انك قد عرفت أيضا أنهم قالوا يبقائها فيما إذا شهد أو بآرك وقد سلف له أن الأقرب لزوم العقد من طرف الراهن فليتأمل في ذلك جيدا وستسمع تفسيره في جامع المقاصد وكيف كان كلام المصنف فلا يرد على كلام ولده على النحو الذي وجهناه به ما أورده عليه في جامع المقاصد من قوله أن في كلام المصنف ولو أسقط حق الرهانة ما يدل على عدم صحة بناءه لأنه بعد إسقاطه الرهانة حكم بأنه يستحق الشفعة على تقدير القول بلزوم العقد لأنه حينئذ يكون بيعا صحيحا وبدونه هو كالفصولي لا يثمر ملكا ومتناه انه لا يستحق شفعة على القول بعدم اللزوم إذ ليس بيعا ولا يثمر ملكا فلو كان بناء الشارح الأشكال صحيحا لكان جزم المصنف باشتراط القول بلزوم العقد في ثبوت الشفعة منافيا لثبوت المستأمن الأشكال انتهى وتقلناه بتمامه لأن فيه تبيانا للمراد من عبارة المصنف وهو كما ترى وكيف لا يكون عقد الفصولي بيعا ولا يثمر ملكا ثم انه يبيع في ملك فكان كالفصولي وكيف لا يستحق شفعة على القول بعدم اللزوم مع وجود العقد المملك والشارح لم يبين الأشكال على ما حقق وإنما بنى المسئلة ولكن بقي في كلام الإيضاح أشياء وهي أن المقابلة بين الشقين على ما نزلنا عليه كلامه ليست تامة والشقان في أنفسهما أيضا ليسا تامين على أي توجيه كان وما ذكرناه تأويل وتنزيل والا فالظاهر أن إيراد صاحب جامع المقاصد متوجه عليه وعلى كل حال ينبغي التأمل في هذا المقام ﴿ قوله ﴾ ويجوز أن يشترط المرتهن في العقد الوكالة لنفسه أو لغيره ﴿ كما ﴾ (في المبسوط والخلاف) والسيلة والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس والمسالك ومجمع البرهان والكفاية) وفيه فضيلة كلام الباين وفي (الرضا) في الخلاف عنه وفي (الغنية) الإجماع على جواز اشتراطه في العقد لنفسه ولا قائل بالفرق ويدل عليه الأصل والعمومات الدالة على لزوم الوفاء بالعقود والشروط الساتئة أي الغير المخالفة للكتاب والسنة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ووضع على يد عدل ﴾ هذا أيضا مما لا خلاف فيه وفي (الخلاف) الإجماع عليه وبه صرح في المبسوط والسرائر وأكثرا تأخر عنهما ويأتي تمام الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ وبس للراهن فسخ الوكالة حينئذ ﴿ كما ﴾ في (المبسوط والخلاف والسرائر وجامع السرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد وإيضاح النافع والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية) وهو ظاهر كثير من الباين وقد يظهر من السرائر أن لا يخالف من حيث نسب الخلاف إلى بعض أهل الخلاف وحكاها في المبسوط بلفظ القيل ولعله أراد الشافعي في أحد أقواله وتردد في الشرائع في اللزوم وضعفه في اللمعة بأن الشروط في اللزوم يؤثر جواز الفسخ لو أخل بالشروط لا وجوب الشرط وربما احتل في وجه تردده في الشرائع بأن الوكالة من العقود الجائزة ومن شأنها نسلط كل منهما على الفسخ وإن لزوم الشرط إنما يكون مع ذكره في عقد لازم كالبيع وليس الرهن كذلك لأن ترجيح أحد طرفيه ترجيح بلا مرجح والوجه الثلاثة ضعيفة جدا فالاول مع عدم لزوم الوفاء بالشرط إذ المشهور الوجوب كما تقدم بيانه خصوصا فيما يكون العقد المشروط كافيا في تحقيقه كالوكالة لأنه يصير كجزء من الإيجاب والقبول يلزم حيث يلزمان والثاني بأن جواز الوكالة بحسب

نعم لو مات بطلت دون الرهانة ولو مات المرتهن فإن شرط في العقد انتقال الوكالة الى الوارث لزم والا لم ينتقل اما الرهنية فتنتقل بالميراث كالمال بين الورثة ولو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهنية دون الوكالة والوصية (متن)

الاصل لا ينافي لزومها بسبب كالاتي في العقد اللازم والثالث بأن عقد الرهن لما كان لازما من طرف الراهن كان مايلزمه الراهن على نفسه بعقده لازما من قبله عملا بمقتضى اللزوم والشرط وقع من الراهن على نفسه فيلزمه واما تسلط المرتهن على فسخ العقد المشروطة فيه الوكالة فغير متوجه فيما نحن فيه لانه دفع ضرر بضرر أقوى منه نعم لو كان مشروطا في عقد لازم آخر كالبيع توجه الفسخ حينئذ الا أن المقصود هنا شرطها في عقد الرهن وهناك وجه رابع ذكره الصيرفي بعنوان السؤال وهو انه اذا مات الراهن بطلت الوكالة دون الرهانة كما ستسمع ولو كانت لازمة لما بطلت لان العقود اللازمة لا تبطل بالموت وأجاب عنه بما حاصله ان تغير حكم الوكالة لعارض لا يوجب تغير حقيقتها اذ هي استنباط الوكيل ومع موت الراهن لاستنابته ومع انتفاء الحقيقة ينتفي الحكم لان الحواز واللزوم من أحكام الوكالة ولا بقاء للحكم مع انتفاء الحقيقة وهل للمرتهن عزل نفسه الظاهر ان له ذلك وكذلك الحال في الاجنبي فانه لمصلحته أيضا فكأنه نفسه لجواز عقد الوكالة الا مع ثبوت اللزوم وهنا غير ثابت وقد يقال اذا كانت الوكالة والبيع مصلحة للراهن أو كانت لغيره انه ليس له عزل نفسه لدليل لزوم الترتيب خرجت الوكالة الغير المشروطة وبقي الباقي ولانه يفوت الغرض من التوكيل وفيه نظر ظاهر **قوله** ﴿ نعم لو مات بطلت دون الرهانة ﴾ كما هو قضية كلام المسوط وصريح الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية لان الوكالة استنباطية في فعل مخصوص بحال الحياة لان الوكيل يعزل بموت الموكل ولا كذلك الرهانة بل تنتقل الى ورثة المرتهن كما كانت له لانها حق من الحقوق المتعلقة بالمال فيكون الحكم في استحقاقها كاستحقاق المال بين الورثة **قوله** ﴿ ولو مات المرتهن فإن شرط في العقد انتقال الوكالة الى الوارث لزم والا لم تنتقل اما الرهنية فتنتقل بالميراث كالمال بين الورثة ﴾ ذكر هذا مع امكان فهمه مما سبق ليبين أن الوكالة تنتقل مع الشرط فاقضى المقام ذكر عدم انتقالها بدونه وذكر الرهنية ودليل انتقال الوكالة مع الشرط أداة لزوم الشروط اذ الظاهر عدم المانع منه وانه مشروع وبذلك صرح في (الارشاد والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية) ولم يتأمل فيه سوى المولى الاردبيلي وكان تأمله في محله فليتأمل **قوله** ﴿ ولو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهنية دون الوكالة والوصية ﴾ اذا ظهر استحقاق الدين لغير المدين صح الرهن وكان القابل فضوليا فاذا أجاز المالك صح ولزم ولا فرق في ذلك بين كونه باقرار أو بيعة ومتسلة بالمواضع المرتهن الدين الذي استحقه في ذمة الراهن فقد حكى الشهيد عن املاء فخر الاسلام انه قل الاجماع على أن الرهن ينتقل الى المشتري وانه حكاه أيضا على انه ينتقل الى الوارث أيضا اذا انتقل الدين اليه بالارث وانه قال انه في هذه الصور كلها لا ينتقل حق الوكالة والوصية ومعني عبارة المصنف انه لو أقر المرتهن بأن الدين الذي وقع عليه العقد لا يخرج صح الاقرار وثبت كون الدين والرهانة به حقا للمقر له اذ الحاز ولو كان قد اشترط المرتهن في عقد الرهن أو غيره من العقود اللازمة كونه وكيلًا في البيع حال حياة

وإذا امتنع الراهن من الاداء وقت الحلول باع المرتهن ان كان وكيلًا والا فالحاكم وله حبسه حتى يبيع بنفسه (متن)

الراهن ووصيًا في بيعه بعد موته لم ينتقل ذلك الى المقر له لانه خلاف المشروط ولان ذلك استثناء عن الراهن لاحق يختص به المرتهن ليعقل نفوذ اقراره فيه ولا حاجة في تفسيرها الى تصوير انه أقر انه كان وكيلًا كما صنع في جامع المقاصد ثم اعترض عليه (أولاً) بأنه لا انتقال هناك بل الرهنية بمقتضى الاقرار حق للمقر له من أول الامر الا أن نقول ان لم تفسر بذلك التفسير احتاجت الى تقدير اذا أجاز كما صنعت ثم انه قد يكون المراد على ذلك التفسير انه ظهر انتقال الرهنية (وثانياً) بأنه انما تثبت الرهنية للمقر له بشرط كونه وكيلًا عنه واعترافه بأنه أوقفها عنه وظاهر العبارة ان مجرد ايقاع الرهانة بين الراهن والمرتهن كاف في ثبوتها انتهى وهي مناقشة هينة جدا على التقديرين (وثالثاً) بأن العبارة خالية من الدلالة على ما يراد بقوله والوصية فانه وان جرى للوكالة في بيع الرهن ذكر لكن لم يجر للوصية ذكر أصلاً ففي دلالة اللفظ على المعنى المراد شدة خفاء قوله ﴿﴾ وإذا امتنع الراهن من الاداء وقت الحلول باع المرتهن ان كان وكيلًا يريد انه أي المرتهن اذا كان وكيلًا باع الرهن بنفسه مع حلول الدين اما بأصله أو باقتضائه أجله حتى لو كان حالاً فله البيع في مجلس الرهن مالم يشترط عليه تأخير التصرف الى مدة فيقوم مقام تأجيل الدين وعلى ذلك أي كونه وكيلًا حمل ما روي في الكافي والتهذيب والفقهاء عن اسحق بن عمار في الموثق برواية الثالث وظاهر الكتاب والشرائع والنافع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمفاتيح والكفاية انه يجوز له استيفاء دينه من الثمن مطلقاً حيث عبر فيها بمثل عبارة الكتاب ماعدى النافع فان فيه انه لو كان وكيلًا في بيع الرهن فباع بعد الحلول صح البيع فانه لم يفرض فيه الامتناع والتعذر وفي (النهاية والسرائر) التقييد بما اذا كان وكيلًا في البيع واستيفاء حقه لكنه في السرائر فرض المسئلة فيما اذا غاب ولا مغالبة كما ستعرف في آخر البحث ومحوها مافي الكفاية وربما قيد بتوافق الدين مع الثمن في الجنس والوصف والوجه في الاول الاستناد الى ما دل على جواز المقاصة عند الامتناع من أداء الحق من نهي الحرج والضرر في الشرع والى ما عد من الحسن أو الصحيح الدال على جوازها عند الخوف من جحود وورثة الراهن وغيره والمظنة قد تقضي بجواباتها فيما نحن فيه بل فيما في النافع على انا قد نقول ان الاذن في البيع بعد الحلول قرينة على الرخصة في الاستيفاء في الاغلب فنزل عليه الاطلاقات المذكورة وقد يستدل على ذلك بقول الصادق عليه السلام في صحيحة عبد الله بن سنان استوثق من مالك إذ الظاهر أن الاستيفاء باعتبار أخذ الدين من الرهن بعد الامتناع من الاداء واحتمال ارادة الحجر عن الانتفاع بعيد والوجه في التقييد أن الاصل عدم الحواز ولا دليل عليه سوى الاذن في البيع وهو لا يستلزم الاذن في الاستيفاء (وفيه) أن التقييد المذكور مع النقص عما ذكرنا لا يجدي لعدم قيام دليل صالح عليه وان قيل بمثله فيما اذا كان مافي ذمة المدين مثل الدين في الوصفين فانه يجوز له المقاصة والتهاثر من دون توقف على المراضاة كما مر مثل ذلك عن الشهيد في باب القرض فليتأمل فيه وفي (السرائر والارشاد والمختلف) عبارات أخرى اذا حل الدين لم يجز بيعه الا أن يكون وكيلًا وهذه قد تعطي ما يفهم من عبارة الكتاب ونحوها ﴿﴾ قوله ﴿﴾ والا فالحاكم وله حبسه حتى يبيع بنفسه أي وان لم

(الفصل الرابع) في الحق وشروطه ثلاثة ان يكون ديناً لازماً أو آيلاً اليه يمكن استيفاءه منه فلا يصح الرهن على الاعيان وان كانت مضمونة كالنصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على اشكال (متن)

يكن وكلا طلب من الراهن البيع أو الاذن فيه فان فعل والا رفع أمره الى الحاكم والمصنف طوى ذلك لظهوره فيلزمه الحاكم بالبيع أو يبيع عليه لانه ولي المتع وله حبسه لان ذلك حق عليه ويدل عليه الخبر المروي عن أمير المؤمنين عليه السلام وكذا له تعزيره والظاهر عدم الخلاف في جواز ذلك للحاكم بل يمكن أن يقال انه يجب عليه ذلك كما هو صريح السرائر وقد يفهم ذلك من التذكرة وغيرها وقد تقدم مثله وقد يحمل موثق اسحق بن عمار الذي أشرنا اليه آفاً على ما إذا أذن الحاكم وقد اختلفت عباراتهم في المقام اختلافاً لا يؤدي الى اختلاف في الحكم فالمبسوط كالكتاب وفي (الشرايع) والا رفع أمره الى الحاكم ليلزمه البيع فان امتنع كان له حبسه وله أن يبيع عليه وفي (التحرير) والا رفع أمره الى الحاكم وللحاكم حبسه حتى يبيع أو يوفيه وفي (الدروس) للحاكم بيعه وله حبسه وتعزيره حتى يبيع بنفسه وفي (الوسيلة) اذا لم يأذن أو غاب باعه الحاكم وفي (السرائر والمختلف والارشاد) اذا حل الدين لم يجز بيعه الا أن يكون وكلاً أو يأذن الحاكم وفي (الكفاية) ان لم يكن وكلاً في البيع لم يكن له البيع بنفسه لا أعرف فيه خلافاً (قلت) أطلق أبو الصلاح جواز البيع مع عدم التمكن من استئذان الراهن وفي (التذكرة) انه لو لم يكن له بينة أو لم يكن في البلد حاكم فله بيعه بنفسه كما ان من ظفر بغير جنس حقه من مال المدين وهو جاحد ولا بينة له له بيعه ويأخذ حقه والظاهر ان مراده بعدم كونه في الحاكم في البلد كونه بعيداً بحيث يشق التوصل اليه عادة لا مطلق كونه في غير البلد ونحوه ما في جامع المقاصد قال لو لم يكن الحاكم موجوداً باع بنفسه ولو أشهد شاهدي عدل كان أولى ولو تعذر اثبات رهانة عند الحاكم باع بنفسه وان كان مع وجود الحاكم اشلاً يضيع حقه ونحوه ما في الميسية والمسالك لكنهما عبرا عن الحكم الاول بتعذر وصوله الى الحاكم لئلا يذهب حقه وقد يكون مستندهم في ذلك دفع الضرر والخرج وإطلاق موثق اسحق المتقدم وقد لا يمارضه في المقام الموثقان الآتيان لعدم انصرافهما اليه فليحفظ وزاد في المسالك ما اذا افقر الى اليمين لكون المدعى عليه غائباً ونحوه فانه احتمل فيه جواز الاستقلال دفعا لمشقة الحلف واستظهر عدمه لا مكان الاستيفاء من وكيل المدين وهو الحاكم فلا يستبد بنفسه وقول المصنف وغيره اذا امتنع الراهن من الاداء يشمل ما اذا كان حال غيبته أو حضوره ولذا فرضت المسئلة في السرائر فيما اذا غاب وقد تضمن موثقا عبيد وابن بكير انه اذا غاب الراهن لا يباع الرهن حتى يجي وقد حملا على ما اذا لم يكن وكلاً ~~حججه قوله~~ ~~في~~ الفصل الرابع في الحق وشروطه ثلاثة ان يكون ديناً لازماً أو آيلاً اليه يمكن استيفاءه منه فلا يصح الرهن على الاعيان وان كانت مضمونة كالنصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على اشكال قد طفحت عباراتهم بأن الحق هو الدين الثابت في الذمة صرح بذلك في (المبسوط وقه الراوندي وجامع الشرائع والشرايع والنافع والارشاد والتذكرة والتبصرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك والمفاتيح) وقال في (الشرائع) كالتعرض وثمن المبيع ومثله ما في اللعنين وقال في (النافع) مالا كان أو منفعة وقال في (التذكرة) أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة حالة الرهن لازماً ثم قال ثابت في الذمة اما بالفعل أو بالقوة وفي

(مجمع البرهان) كأن دليله الاجماع وفي (المسالك والروضة والكفاية) انه الدين الثابت في الذمة وان لم يستقر وزاد في الدروس الذي يمكن استيفاؤه من الرهن ومرادهم بالثابت في الذمة كما بينه جماعة ما كان مستحقا فيها أعم من أن يكون ثبوته مستقرا كإثر الديون أو غير مستقر كالثمن في زمن الخيار كما سمعت التصريح به عن بعض وظاهر اشتراطهم كونه ديناً عدم جوازه على العين مطلقاً مضونة أو غير مضونة وستعرف المصريح بالجواز وظاهرهم انه لا بد من ثبوته في الذمة قبل الرهن وستعرف القائل بجوازه مع المقارنة (إذا عرفت) هذا فمعد الى عبارة الكتاب فالمراد بكونه لازماً اما اللزوم الحقيقي كالدين اللازم وبالأكل الى اللزوم الثمن في زمن الخيار واما أن يكون المراد بكونه لازماً أن يكون ثابتاً في الذمة فانه سيأتي له جواز الرهن على الثمن في مدة الخيار وبكونه آيلاً الى اللزوم أن يكون ثبوته في الذمة بالقوة القريبة من الفعل كما في مسألة التشريك بين الرهن وسبب الدين وهي صورة المقارنة كما يأتي وعلى تقدير بطلان هذه الصورة لا يبقى لاشتراط أحد الأمرين من كون الحق ثابتاً أو آيلاً الى الثبوت وجه أصلاً الا أن يقال انه يتحقق في الأعيان المضونة فانها لكون الحق فيها آيلاً الى الثبوت لوجود سببه يصح الرهن بها من هذه الجهة فلا يبقى مانع لاجبة كونها أعياناً لكنه قال في (التذكرة) يشترط مع ثبوت الدين لزومه فعلاً حالة الرهن أو قوة قريبة من الفعل كالثمن في مدة الخيار لقرب حاله من اللزوم وقال ما كان الاصل في وضعه الجواز كالجعل في الجمالة فان كان قبل الشروع في العمل لم يصح الرهن عليه لانه لم يجب ولم يعلم فضاؤه الى اللزوم فليحظ ذلك فانه يناسب ابقاء عبارة الكتاب على ظاهرها وأراد بإمكان استيفاء الحق من الرهن اخراج الاجارة المتعلقة بعين المؤجر كالأجير الخاص فانه لو تعذر لم تستوف المنفعة من غيره فلا يثبت على المنفعة كما ستسمع ويبان عدم صحة الرهن على الأعيان مطلقاً امتناع استيفاء العين الموجودة من شيء آخر وهو أي عدم الصحة في غير المضونة موضع وفاق كما في جامع المقاصد والمسالك والمقاييس واستظهر المولى الاردبيلي من التذكرة عدم الخلاف وأما المضونة فالمنع فيها خيرة الغنية والسرائر والرياض وظاهر اطلاق المحقق وجماعة كما عرفت ونسبه في الرياض الى الأكثر وفي (المسالك والكفاية) أطلق المحقق وجماعة المنع وهذا أثبت مما في الرياض وحجتهم الاصل وأن لا دليل على الصحة لعدم الاجماع واختصاص الآية الشريفة وجملة من النصوص بالدين وعدم انصراف اطلاق باقيها الى محل الفرض لانه سبق لامر آخر وما سمعته عن المصنف وغيره من عدم استيفائها بعينها من شيء آخر (وفيه) ان العمومات الدالة على لزوم الوفاء بالنقود هي الدليل القاطع الاصل ولا يعلم عدم تداولها في زمن الشرع (الشارع خ ل) حتى لا تتناولها هذه العمومات ولم تتحقق الشهرة على المنع حتى تكون اشارة على عدم التداول في العصر المذكور يستند اليها في الجملة مضافاً الى انقطع تداول حبس الرهن فيه ودعوى ان ذلك يسمى رهناً لغة وعرفاً واما الاخير فبرد (أولاً) بإمكان التوثيق بأخذ العوض عند التلف كما ستعرف الحال في ذلك (وثانياً) بعدم جريانه في الدين المجمع على جواز الرهن عليه فان ما يستوفى من الرهن أو ثمنه ليس عين الدين الكلي الذي اشغلت به الذمة لانه ما غير الجزئياته ولو في الجملة ولذلك اختير جواز الرهن عليها في التذكرة والتحرير والابضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وما الى ذلك في المقاييس للاصل والعمومات وهو عقد صدر من أهله في محله ولا مانع الا ما ذكر في حجة المنع كما قد عرفت الحال في ذلك كله وان معنى التوثيق حاصل باستحقاق أخذ عوض العين عند تلفها من المرهون وذلك هو المقصود من

ولا على ما ليس بثابت حالة الرهن كما لو رهن على ما يستدينه أو على ثمن ما يشتريه منه فلو دفعه إلى المرتهن ثم اقترض لم يصر بذلك رهنا (متن)

الرهن إذا المقول منه كونه وثيقة للحق المرهون به على أن يستوفي منه عند الحاجة وهذا كما يصدق في الرهن على الدين يصدق على الرهن في موضع النزاع وعساك تقول فلي هذا يجوز الرهن على غير المضمون من الأعيان لثبوت التوثيق بهذا المعنى في الرهن عليها فيجيب بوجهين (الأول) أن التارق الإجماع لا انعقاده على عدم الجواز فيها ووقوع الاختلاف هنا (الثاني) أن العين في محل البحث مضمونة عند الرهن فعهدها متعلقة بالذمة ولا كذلك العين المضمونة (وفيه) أن مضمونيتها عند الرهن مشروطة بالتلف وليست بالفعل على اليقين والضمان بالشرط جار في نحو العارية فانها وإن لم تكن مضمونة عند العقد بمجرد التلف فيما بعد إلا أنها مضمونة به مع التفريط فكل منهما مضمون عند العقد في الجملة وإن كان الضمان في الأول بمجرد التلف وفي الثاني به مع التفريط وبمجرد الاقتراق في ذلك غير مجد للفرق بعد دعوى عموم دليل الجواز للاشتراك في الضمان في الجملة الذي جعل عليه المدار في صحة الرهن فالمدار في الفرق على الإجماع وقد استدلى في (المفاتيح) على الجواز فيما نحن فيه بما ورد في المستفيضة المعتبرة من جوازه على خصوص المضمون كما في الخبر عن السلم في الحيوان والطعام ويؤخذ الرهن فقال نعم استوثق من مالك ما استطعت ولعله من حيث اشعار التعليل بالاستيثاق بالعموم فليلاحظ ذلك ولم يرجح أحد القواين في التنقيح والكفاية وبنى المسئلة في الأول على تعريف الوثيقة من أنها ما يستوفي منه الدين أو يستوفي به الدين وقد عرفت الخالف في ذلك (ومما ذكر) يعرف وجه الاشكال في كلام المصنف حيث قال فلا يصح الرهن على الأعيان وإن كانت مضمونة كغصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على اشكال فالاشكال كما في جامع المقاصد إنما هو في أعيان المضمونة وفي (حواشي) الشهيد أنه راجع إلى الجميع ويرده دعوى الإجماع كما عرفت وهل يجوز أخذ الرهن على الثمن للمشتري أو المبيع للبائع على تقدير ظهور فساد البيع جوزه في (جامع المقاصد) بل استظهر أن أخذ الرهن على الصنعة حذرا من قصصها (تقصانها خل) كالرهن على البيع وقد نسب ذلك في المسالك إلى الشهيد وجماعة وفي (التحرير) يجوز أخذ الرهن على الدرك والمنسوب وكل ما أشبهه في الحقوق التي ثبتت في العين على اشكال وفي (الدروس) يجوز أخذ الرهن على عهدة الثمن وكذا المبيع والاجرة وعوض الصلح يجوزنا الرهن على الأعيان وظاهر جمع البرهان أن ذلك ليس محل خلاف حيث قال ولهذا نجد نجوزهم الرهن في الدرك على الثمن والمبيع وغير ذلك انتهى وقال في (التذكرة) عهدة البيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها لأن الرهن بها يطل الأرقاق فانه إذا باع عبده بألف ودفع رهنا يساوي ألفا فكانه ما اقتضى الثمن ولا ارتفق به (وفيه) أنه يرد عليه مثله فيما إذا رهن على ثمن المبيع مؤجلا فأمل وفي موضع آخر من التذكرة قال لا يصح عندنا وقد يوجه المنع فيما نحن فيه بحصول الضرر بحبس الرهن دائما إلا أن نول ذلك مستند إلى الراهن ولعلها إذا أمنا الاستحقاق يتفاكل قوله قوله قوله

(ولا على ما ليس بثابت كما لو رهن على ما يستدينه أو على ثمن ما يشتريه منه) قد حكى الإجماع على عدم الصحة في ذلك في (التذكرة وجامع المقاصد) وظاهر الكفاية حيث قال قالوا قوله قوله

(فلو دفعه إلى المرتهن ثم اقترض لم يصر بذلك رهنا) (١) الخالف في ذلك أبو حنيفة ومالك وفصل

(١) كما إذا أراد أن يستقرض منه عشرة دراهم مثلا فوهن عنده ثوبا قبل أن يستقرض منه الدراهم (منه قد)

ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد قبي الجواز اشكال ينشأ من جواز اشتراطه في العقد فتشريكه في مثله آكد ومن توقف الرهن على تمامية الملك لكن يقدم السبب فيقول بعثك هذا العبد بألف وارتهنت الدار بها فيقول اشتريت ورهنت ولو قدم الارتهان لم يصح (متن)

بعض الشافعية بأنه ان عين ما يستقرضه لزم والا فلا (احتج أبو حنيفة) بأن ذلك وثيقة فجاز أن يكون عقدها موقوفا على حق يحدث في المستقبل قياما على ضمان الدرك (وفيه) انه جاز للحاجة اليه والاحتيا لئلا بخلاف ما نحن فيه والسرف فيه ان العقود اذا اشترط تأخير مقتضاها لم يتحقق الانشاء الصريح للفعل المطلوب ثبوته حالا ولا سيما اذا اعتبر فيه لفظ الماضي ~~حقيق~~ قوله ~~﴿ ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد قبي الجواز اشكال ينشأ من جواز اشتراطه في العقد فتشريكه في مثله آكد ومن توقف الرهن على تمامية الملك لكن يقدم السبب فيقول بعثك هذا العبد بألف وارتهنت الدار بها فيقول اشتريت ورهنت ولو قدم الارتهان لم يصح ﴾~~ قد تقدم عند شرح قوله في اول الباب وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر ماله فقع في المقام (وتتبع البحث) ان يقال هنا مسائل (الاولى) ان يقول بعثك العبد بألف وارتهنت الدار بها فيقول اشتريت ورهنت (الثانية) ان يقول بعثك هذا العبد وارتهنته بكذا فيقول اشتريت ورهنت (الثالثة) ان يقول بعثك هذا العبد على ان يكون رهنا في يدي (الرابعة) ان يشترط البائع ان يسلم المبيع الى المشتري ثم يرده الى يده رهنا بالثمن والكل محل خلاف (اما الاولى) فقد حكم فيها بالصحة في المسوط والتذكرة والتحرير وفي عنها البعد في مجمع البرهان لعموم الادلة وعدم ظهور مانع الاشتراط ثبوت الحق حال الرهن وهو غير ثابت بالدليل في محل النزاع وقد جوزوا في الدرك على الثمن والمبيع وغير ذلك ولان الحاجة تدعو اليه فانه لو لم يعقد مع ثبوت الحق وشرط فيه لم يتمكن من الزام المشتري عقده وكان الخيار الى المشتري ولعله لا يبيذه فتفوت الوثيقة بالحق ولان شرط الرهن في البيع والقرض جائز لحاجة الوثيقة فكذا مرجه بهما بل هو أولى لان الوثيقة هنا آكد فان الشرط قد لا يفي به وهذا مراد المصنف لاما فهمه في جامع المقاصد من أن الصحة هنا آكد فقال ما ادعاه من الآكديه غير واضح فان اشتراط الرهن في العقد الذي يقتضي وحيوه وثبوته غير انشاء عقد الرهن والمشر وط بثبوت الحق في الذمة هو الثاني دون الأول ولان اشتراط الرهن مقتضاه اثبات استحقاق الرهن على الثمن بعد ثبوته وأما الرهن فانه أشأ التوثق وانما يكون بحق ثابت اذلا يكاد يعقل معنى الوثيقة بحق لم يثبت بعد انتهى وفيه (اولا) أنك قد عرفت انه لم يقم دليل على اشتراط ثبوت الحق حال الرهن (وثانيا) أنه في الحقيقة وعند التحقيق لا ثبوت فيهما وإنما هو الاول الى الثبوت لانه اذا شرط عليه الارتهان كان الرهن جزءا من الثمن فلم يقع البيع تاما الا بعد الرهن فيلزم أن يرهن الرهن على الثمن قبل تمام الشراء واستيفاء الثمن فليتأمل جيدا (ثم) ماذا يقول فيما اذا قال البائع بعد ذلك ارتهنت أو قبلت فان الصحة حينئذ مقطوع بها كافي الدروس آتراه يلاني ذكر الارتهان في ايجاب البائع ويعتمده في قبول المشتري والبائع أم يقول ذلك القبول من المشتري ايجاب بناء على ما اعتمده في أول الباب من وجوب تقديم الايجاب وان المعاطاة لا تجري

في الباب ولذا قال في المقام ويشكل على الصحة في المسئلة تقديم قبول الرهن على إيجابه وهذا الاشكال في محله بناء على ما هو الظاهر من الاكثر من أنه لا بد من تقديم الايجاب على القبول كما بيناه في أول الباب وقلنا انه قال في التذكرة ان الخلاف في الاكتفاء في الرهن بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب عليه المذكورة في البيع آت هنا والشيد في الدروس استشكل من هذه الجهة ومن غيرها لكن هذه كانت أوقع في نفسه فانه بعد أن ذكر وجهي الصحة والمنع وبينهما أحسن يان قال ويحتمل المنع لان شقي الرهن في صورة الاشتراط موجودان بخلاف هذه الصورة فانه لم يوجد الا شق الايجاب والاشتراط المتقدم لا يعد قبولا وفي حكمه الاستيجاب بل هو أضعف منه وقد حكم في الايضاح وجامع المقاصد بالبطلان وهو ظاهر المختلف في مقام آخر ونقل في الرياض حكايته عن الاكثر ولم نظفر بالحكي لما عرفته من تقدم القبول ومن توقف الرهن على تمامية الملك بمعنى أصل الاستحقاق والتبوت وان مساوات هذا الرهن الاعيان المضمونة والدرك غير واضحة فان هناك حقا في الجملة بخلاف ما هنا وأما الصورة الثانية فقد حكم بالصحة فيها في الايضاح مع حكمه في الاولى بالبطلان والفرق غير ظاهر واستند الى الصحة بأنه لا أقل من أن يكون فضوليا ثم يلزم بمحصول شرط الصحة ومن الغريب أنه حكى فيه عن المبسوط أنه قال فيها بالبطلان والموجود فيه في أول الباب والتصريح بالصحة كما حكمه عنه والده في المختلف والفاضل الكركي وأما الصورة الثالثة والرابعة فقد حكم فيهما بالبطلان الشيخ في المبسوط وابن ادریس وسيطه صاحب الجامع قال في (السرائر) وهذا معنى قول شيخنا المفيد اذا اقترن الى البيع اشتراط في الرهن أفسده وان تقدم أحدهما على صاحبه حكم له به دون المتأخر (واحتج) على ذلك في (المبسوط والسرائر) بأن شرطه أن يكون رهنا لا يصح لانه شرط أن يرهن مالا يملك فان المبيع لا يملكه المشتري قبل تمام العقد واذا بطل الرهن بطل العقد لان البيع يقتضي ابقاء الثمن من غير ثمن المبيع والرهن يقتضي ابقاء الثمن من ثمن المبيع وذلك متناقض (وأبضا) فان الرهن يقتضي أن يكون أمانة في يد البائع والبيع يقتضي أن يكون المبيع مضمونا عليه وذلك متناقض قالا وأما اذا اشترط البائع أن يسلم المبيع الى المشتري ثم يردده الى يده رهنا بالثمن فان الرهن والبيع فاسدان مثل الاول (وفيه أولا) انه في المبسوط جوز المسئلة الاولى والثانية وهما أبعد من هاتين بل من جوزهما استند فيه الى أنهما كهايتين كما سمعت وقضية ذلك أن الجواز مسلم لا ريب فيه في هاتين بل هو صريح في المبسوط بذلك قال واذا ثبت جواز شرطه أي الرهن جاز إيجاب الرهن وقبوله فيه فيقول بملك هذا الشيء بألف وارتهنت منك هذا الشيء بالثمن فقال المشتري اشتريته منك بألف ورهنتك هذا الشيء بالثمن الا أن تقول ان المفروض في كلامه هو أن المشروط رهنه غير المبيع فليأخذ (وثانيا) انه قال في الخلاف اذا شرط في حال عقد الرهن شروطا فاسدة كانت الشروط فاسدة ولم يبطل الرهن ولا البيع الذي كان الرهن شرطا فيه مستندا الى ان فساد الشرط لا يتعدى الى فساد الرهن ولا البيع لانه لا دليل على ذلك (وثالثا) أنا نمنع من كونه رهنا مالا يملك لان الرهن إنما يتم بعد كمال عقد البيع المتقدم القاضي بالملك فكان حينئذ مملوكا ثم ان الملك شرط في الرهن لا شرط في اشتراط الارتهان وقد استوفينا الكلام في المسئلة من جميع أطرافه في الفرع الثاني من الفصل الثالث في شروط البيع وذكرنا الدورويننا الحال فيه فليراجع (ورابعا) أنا لا نسلم أن البيع يقتضي ابقاء الثمن من غير ثمن المبيع بل المسلم أنه لا يقتضي ابقاء الثمن من ثمن المبيع وهذا لا يناقض ابقاء الثمن من ثمن المبيع

ولو رهن على الثمن في مدة الخيار أو على مال الجمالة بعد الرد أو على النفقة الماضية أو الحاضرة صح لأعلى المستقبل والأقرب جواز الرهن على مال الكتابة (متن)

(وخامساً) أنا لا نسلم التناقص الأخير لانه لما جعله رهنا خرج عن كونه مضموماً عليه فلا تناقض ويبقى الكلام فيما أراده المفيد فانه لم يعلم مراده ولا سيما كلامه الأخير وقد فسرهُ الشيخ في الحائريات بما لم يظهر لنا ولا لصاحب السرائر وجهه على أن حاصله قد ذكره المفيد قبل هذه العبارة فليحفظ ذلك في الكتابين والمراد بتقديم السبب في كلام المصنف تقديمه إيجاباً وقبولاً فلو تأخر فيهما أو في أحدهما لم يصح لتقدم الرهن حينئذ على سبب الدين المقتضي لصحته قوله ﴿ ولو رهن على الثمن في مدة الخيار ﴾ لقرب حاله من اللزوم فيصح الرهن عليه كما في (المبسوط) والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة) وغيرها ولا يتأخر فيه كون الفسخ بالخيار جائزاً لأن ذلك إبطال لما ثبت طار على الثبوت فهو بمنزلة عقد مستأنف ولو جعلنا الخيار ما نأمن من نقل الملك في الثمن إلى البائع كما حكى عن الشيخ وقد عرفت لحال في محله امتنع الرهن عليه على الظاهر لوقوعه قبل ثبوت الدين ولا ريب أنه لا يباع الرهن في الثمن ما لم تمتص مدة الخيار قوله ﴿ أو على مال الجمالة بعد الرد ﴾ أي تمام العمل أجمعاً كما في (التذكرة) لانه لازم ثابت في الذمة حينئذ وبالصفة صرح في المبسوط والشرائع وأكثر ما تأخر عنهما لا قبله كما يأتي في كلام المصنف وبه صرح في الخلاف والشرائع وأكثر ما تأخر وفي (الكفاية) أنه المشهور قالوا وإن شرع فيه لانه لا يستحق شيئاً منه إلا بتمامه ولا يعلم إفضائه إلى الوجوب واللزوم واختار في التذكرة جوازه بعد الشروع قبل الاتمام لانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار واحتمله في الدروس وهو ضعيف والفرق واضح لأن المبيع يكفي في لزومه إبقاؤه على حاله فتتقضي المدة والأصل عدم الفسخ عكس الجمالة قوله ﴿ أو على النفقة الماضية أو الحاضرة صح لأعلى المستقبل ﴾ كما (في جامع الشرائع وجامع المقاصد) والوجه في ذلك ظاهر لأن الأوليتين واجبتان بخلاف المستقبلية قوله ﴿ والأقرب جواز الرهن على مال الكتابة ﴾ أي مطلقاً لأن المكتبة إن كانت مطلقة يجوز الرهن على مالها بلا خلاف كما في (مسالك) ولا كلام فيه كما في الإيضاح وغاية المرام وكذا حواشي الكتاب وإن كانت مشروطة فقد جاز الرهن على مالها في ظاهر الشرائع وإن كانت عبارتها غير جيدة وصريح التذكرة والتحرير والتأخير والارنات والخلاف والإيضاح والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وفي (غاية المرام والكفاية) أنه المشهور عند المتأخرين لأنها لازمة للمكاتب مطلقاً عندنا كما في الخلاف والخالف الشيخ في المبسوط والغاضي في الجواهر وابن إدريس ومبطله يحيى بن سعيد في الجامع قال في (السرائر) لأن مال الكتابة المشروطة عندنا غير لازم وقال في (المبسوط) لا يجوز الرهن عليه لأن العبد له إسقاطه عن نفسه متى شاء فهو غير ثابت في الذمة ولأنه متى امتنع العبد من مال الكتابة كان للمولى رده في الرق فلا يحتاج إلى الرهن وهو على تقدير تسليمه غير مانع منه كالرهن على الثمن في مدة الخيار وذلك لأن بناء البطلان على جواز إبطال المكاتب لها لأن من خواص الرهن أن يكون لازماً من طرف الراهن وحيث يجوز فسخه لا تبقى قائمته وهنا الكتابة جائزة من قبل المكاتب فجاز له تعجيل نفسه عن مالها أجمع وفسخ الرهن كما لو كانت جائزة من الطرفين على قول ابن حمزة في المشروطة (وفيه) أن إمكان الفسخ عند

ولا يصح على مال الجمالة قبل الرد ولا على الدية قبل استقرار الجناية ويجوز على كل قسط بعد حله في الخطاء على العاقلة ومطلقا في غيره ومع فسخ المشروطة يبطل الرهن ان جوزناه ولو رهن على الاجارة المتعلقة بعين المؤجر كخدمته لم يصح لعدم تمكن الاستيفاء ويصح على العمل المطلق الثابت في الذمة (متن)

اسقاط الحق غير قاذح لانه كالاداء ويجوز لكل رهن ذلك بل القاذح جواز فسخه مع كون مال الكتابة في ذمته كما ستسمع ثم ان التعجيز ابطال طار لما ثبت في الذمة بالعقد الصحيح فلا أثر له ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا على الدية قبل استقرار الجناية ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة) وهو قضية مفهوم كلام الباين كما ستسمع وفي (الكفاية) انه المشهور والمراد قبل انتهائها الى اخذ الذي يوجب الدية وان علم انها تأتي على النفس امدت ثبوت ذلك حين الرهن وما حصل بالجناية في معرض الزوال بالانتقال الى غيره بل هو في الحقيقة ليس بتأب لان الشارع لم يرتب عليه حكما الى ان تستقر وربما قيل بجواز الرهن على الجناية التي قد استقر موجبها وأن لم تستقر هي كقطع ما يوجب الدية فان غايته الموت ولا يوجب اكثر منها بخلاف ما دون ذلك وهو جيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز على كل قسط بعد حله في الخطاء على العاقلة ﴾ لا يجوز الرهن على الدية من العاقلة قبل الحلول لانها لم يجب بعد ولا يعلم افضائها الى الوجوب لان المستحق عليه غير مضبوط لان الاعتبار منها عن وجد حال الحلول جامعا للشرايط ولم يعلم لاحتمال الجناية والموت والافعار فافترقت عن الدين المؤجل لتعين المستحق عليه فيه بخلاف العاقلة واحتمل في (التذكرة) جوازه قبل الحلول لاحصائه بقاء الحياة واليسار واما بعد الحلول فيجوز لاستقرار القسط لانه مال ثابت في الذمة فيرهن على الثلث بعد حلول كل حول من الثلثة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومطلقا في غيره ﴾ اذا استقرت الجناية في العمد أو اطرف في غير الخطأ صح الرهن قبل الحلول وبعده كما في شبهه العمد لانها تستأدى في سنتين وذلك لان الدية من مال الجاني حينئذ والثبوت في ذمته منحق والاجل في شبهه العمد لا ينافي الثبوت وهو الذي صرح به الجماعة واستقر عليه رأي الشهيد في الدروس وجعله هو الظاهر بعد ان حكم اولا بانه لا يجوز الرهن في شبهه العمد الا بعد الحلول كما هو الشأن في العاقلة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومع فسخ المشروطة يبطل الرهن ان جوزناه ﴾ اي الرهن ويحمل الفسخ والمعنى على الاول ان المكاتب المشروط اذا عجزه مولاه وفسخ المولى فيكون المصدر مضافا الى مفعوله كان كالابراء فيسقط مدن و يبطل الرهن ويصير المعنى على الثاني انا ان جوزناه اي للمشروط الفسخ بطل الرهن لانه كالاداء كما انشرنا اليه آفا لكنا لا نجوز له الفسخ وتعجيز نفسه مع القدرة بل يجبره الحاكم او المالك على السعي ولا يلزم من كون المولى يتخير في الفسخ عند عجز المكاتب تسويغ العجز له سلمنا لكن لا يلزم من ذلك بطلان الرهن كالرهن في مدة الخيار وليعلم انه قال في المبسوط مال السبق والرمي لا يجوز اخذ الرهن عليه وفي (الدروس وجامع المقاصد) انه يجوز لان الاصح لزومها وفي (التحرير والتذكرة) انا ان جعلنا المسابقة عقدا لازما كالاجارة صح الرهن على المعوض قبل العمل والا فلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رهن على الاجارة المتعلقة بعين المؤجر كخدمته لم يصح لعدم تمكن الاستيفاء ويصح على العمل المطلق الثابت في الذمة ﴾ قد صرح بالحكمين في (المبسوط)

ولا يشترط كون الدين خاليا عن رهن بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد وكذا تجوز زيادة الدين على مرهون واحد ﴿الفصل الخامس﴾ في القبض وليس شرطا على رأي (متن)

والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح والدروس واللمعة وغاية المرام والتفحيط وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك والروضة وجمع البرهان والسكافية) وفي (جامع الشرائع) بالاول والوجه في الاول ان تلك المنفعة الخاصة لا يمكن استيفائها الا من العين المخصوصة حتى لو تعذر الاستيفاء منها يموت ونحوه بطلت الاجارة وفي الثاني انه يمكن استيفائها حينئذ من الرهن فان الواجب تحصيل المنفعة على أي وجه اتفق ولولا ظهور الاجماع على ذلك لتمكن ان يقال ان في اطلاق الدين المشروط في الرهن على ذلك تأملا فان كان باعتبار ما في الذمة من الاجرة فالرهن في الحقيقة اما هو عليه (ففيه) انه حينئذ ينبغي الجواز على العمل الخاص ايضا فان الشأن فيه كالشأن في الاعيان فانه يمكن ان يكون معنى الاستيفاء أعم من ان يكون مثلا او قيمة كما نبه عليه في مجمع البرهان فليحظ ذلك وليتأمل فيه ﴿قوله﴾ ولا يشترط كون الدين خاليا عن رهن بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد وكذا تجوز زيادة الدين على مرهون واحد ﴿قد تقدم الكلام في المسائلين بما لا مزيد عليه عند شرح قوله في الفصل الثالث ولو أجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسخا رهنه الى آخره﴾ الفصل الخامس في القبض ﴿قوله﴾ (وليس شرط على رأي) لا بد من تحرير محل النزاع فقد اضطرب فيه كلام القوم ففي (الخلاف والغنية والسرائر والمختلف والتفحيط والمهذب البارع وايضاح النافع والروضة والمسالك) وحدة مواضع من التذكرة والتحرير ان الكلام في لزومه وعدمه وفي (المنفعة والمراسم والنهاية والمبسوط في المقام و باب بيع الخيار وقته القرآن للراوندي والوسيلة وجمع البيان وجوامع الجامع والشرائع والنافع وجامع الشرائع وكشف الرموز والارشاد والكتاب والايضاح في موضعين منه وغاية المراد والدروس والمقتصر وكنز العرفان وجامع المقاصد وآيات الازديلي والمفاتيح) أن الكلام في الصحة وعدمها تصريحاً في أكثرها وظهوراً في الباقي وهو أيضا ظاهر كل ما أطلق فيه الاشتراط لانصرافه الى اشتراط الصحة وهو مقتضى الأدلة اذ سوقها واتحادها على القولين يقضي بأن الكلام في الصحة وعدمها حتى من القائلين بأن محل النزاع اللزوم وعدمه كما ستعرف ويمكن الجمع بأحد أمور ثلاثة (أحدها) أن تكون المذاهب ثلاثة عدم اشتراط القبض بوجه واشتراطه في الصحة واشتراطه في اللزوم لكن ظاهر الفريقين أن في المسئلة قوانين لا غير بل صرح جماعة أن في اشتراط القبض قولين من دون تعرض للصحة ولا لزوم (الثاني) أن يؤول اللزوم بالصحة وهو وجه جدا لكنه بعيد من جهة اللفظ ومن جهة مافرعوا عليه من الاحكام لكن يقربه سوق الأدلة واتحادها وقد يقال ان الصحة صحتان صحة بمعنى تمامية المقدوصحة بمعنى قابلية للتمامية فمن غير اللزوم أراد الاولى ومن غير بالصحة أراد الثانية وفي كلام الشهيد في الدروس ما يرشد الى ذلك وذلك في الفرع الثالث وفي فرقه بين موت الراهن والمرتهن (الثالث) تأويل الصحة باللزوم وهذا أيضا يعمده الامران المذكوران وهو الذي اعتمده صاحب ايضاح النافع قال معنى الكلام أن الاقباض هل هو شرط في الصحة على معنى انه لو أوجب وقبل المرتهن لا يكون رهنا لازما ويكفي الايجاب والقبول ويكون الاقباض مؤكدا للزوم (وكيف) كان فما صرح فيه باشتراط القبض المنفعة والتهاية والمراسم والغنية وقته الراوندي وجمع البيان

وجوامع الجامع والوسيلة وجامع الشرائع والشرائع والنافع وكشف الرموز والدروس واللمعة وغاية المراد والتنقيح وآيات الازديلي والمفاتيح والهداية للحر والرياض وهو خيرة المبسوط في أول كلامه في بابي الرهن وبيع الخيار ثم قال في الأول والأول أن تقول أنه يلزم بالإيجاب والقبول وفي الثاني أنه أولى تارة وأنه أحوط أخرى والاشتراط هو المحكي عن أبي علي والتقي والقاضي ولعله في غير الجواهر ومال إليه في كنز العرفان وفي (مجمع البرهان) أنه أحوط وعليه الأكثر كما في حواشي الشهد وكنز العرفان وآيات الازديلي والمفاتيح وفي (الرياض) أنه أشهر وفي (التنقيح) أن الخبر الدال على الاشتراط أنجز بعمل الأصحاب وتلقوه بالقبول ونسبه في الإيضاح في مسألة ما إذا رهن المفصوب إلى كثير من الأصحاب وقد حكى عليه الإجماع في مجمع البيان والفنية لكن الأول على الصحة والثاني على لزوم لكنه ينزل على الصحة جزماً لأنه إنما ادعى إجماع من قدمه كأبي علي والمفيد والشيخ في النهاية وسائر والقاضي والطوسي صاحب الرسالة والحلي (والجلي خـ) والراوندي وغيرهم وقد عرفت أن كلامهم نص صريح في الصحة كادلتهم التي هي الأصل والآية والرواية كما ستعرف وأنه لا دليل على الصحة بدون القبض لا تحصر أدلتها في المسئلة حينئذ في الإجماع الذي قطعنا بعدم تحققه وفي أدلة لزوم 'لوقاء' بالعقود وهي بعد دعوى الإجماع على عدم لزوم الذي هو مفادها غير تامة فذلك كله علم أن مراده من لزوم الصحة ومتنوع عبارة الفنية برمتها وليس في القائلين بالاشتراط من صرح بأنه لزوم (اللزوم خـ) غير صاحب الفنية وقد حكاه أي الاشتراط البيضاوي عن جمهورهم إلا مالكا وحكاه في التذكرة عن أبي حنيفة والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين عنه ويعلم أن كلام الوسيلة صريح جداً فيما حكاه عنه وله كلام آخر قد ينافيه والقول بعدم الاشتراط خيرة الخلاف والمبسوط كما سمعت في البابين والجواهر والسرائر والبشرى فيما حكى عنها والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس وشرحه لولده والإيضاح وتخليص التلخيص والمقتصر وغاية المرام وإيضاح النافع وجامع المقاصد والميسية والمسالك والروضة والحدائق ومال إليه صاحب المذهب البارع والقدس الازديلي وصاحب الكفاية وفي (السرائر) ذهب إليه الأكثرون والمحصلون وفي (كنز العرفان) أن عليه المحققين وفي (آيات الازديلي) بعد قل ذلك عن الكنز أنه غير واضح (قلت) وهو كذلك لكن الأمر بالنسبة إلى المتداد قد يستدل في المسئلة لمكان ابن ادریس وابن طاوس والسلامة وولده لكن دعوى بن ادریس يكذبها الوجدان وهو أعلم بما قال وهو مذهب أبي ثور ومالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه واتفق مر في البصرة على قوله وفي اشتراط الإقباض أشكال ثم أنا رأينا في المبسوط جملة من فروع فرعها يأتي ذكرها تدل على أنه ممن يختار لزوم الرهن بمجرد العقد لكنه صرح في مسألة ما إذا خرس الراهن أنه لا يجوز للمرتهن قبضه وقد فهم منه في المختلف مخالفة هذا الفرع لتلك الفروع فذهب في المبسوط غير مستتر (احتج) المشترطون بالأصل والإجماعين المتقدمين وبالآية الشريفة والرواية التي رواها الشيخ في 'مؤلف' عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام لا رهن إلا مقبوضاً ورواها العياشي في تفسيره أيضاً فيما حكى عن محمد بن عيسى عن أبي جعفر عليه السلام قل لا رهن إلا مقبوضاً وقد يستدل بأدلة أخرى ردية كوجوب حفظ المال فتجب مقدمته وإن الرهن كالتراض لكونهما شرعاً للارفاق (أما الأصل) فيقرر بأصل عدم حصول ما يقتضي منع الراهن عن التصرف وأصل عدم لزوم وعدم الصحة (وأما الإجماع) فلا يضرهما وجود الخلاف كما قرر في محله قال في (الفنية) كون القبض شرعاً في اللزوم هو الظاهر من المذهب الذي

عليه الاجماع واذا اتعين المخالف باسمه ونسبه لم يؤثر خلافه في دلالة الاجماع ولما ذكرنا استدلالنا في المسئلة بالاجماع وان كان فيها خلاف من بعض اصحابنا انتهى (قلت) لم يتحقق الخلاف صريحا من الشيخ والفاضل لانهما تارة وافقا وتارة خالفا والمخالف على البت ابن ادریس وهو معاصر لشيخه أبي المكارم السید حمزة بن زهرة وأمين الدين أبي علي الفضل بن الحسن بن الفضل الطبرسي فكانت دعواهما الاجماع في محلها (ومنه يعلم) حال ما قاله مولانا الاردبيلي من أن قوله في مجمع البيان ان لم يقبض لم ينعقد بالاجماع كانه يريد الاكثر او لم يعتبر المخالف وهو بعيد اذا الشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط والعلامة وابن ادریس ذهبوا الى عدم الاشتراط انتهى فالاجماع دليلان سالمان عن المعارض والوهن بوجود المخالف وفيها لو لم يكن غيرها بلاغ فكيف وقد اعتضدا بغيرهما (واما الآية) فهي قوله تعالى (فرهان مقبوضة) حيث انه سبحانه أمر بالرهن المقبوض فلا يتحقق الرهن المطلوب شرعا بدون القبض فلم نستدل على الاشتراط بدليل الخطاب بل بالاصل وذلك لان شرعية الرهن ولزومه ثبتا مع القبض ولم تثبتا مع عدمه او نقول انه سبحانه قيد الرهان بالمقبوضة فكان كالتراضي في التجارة والمدالة في الشهادة ومفهوم مثله حجة عرفا وعادة (وأما الخبران) ففي الصحة فيها اقرب من نفي الكمال الى نفي الحقيقة مع احتمال ارادة نفي الحقيقة بناء على كون القبض جزءا من مفهوم الرهانة كما قد ادعى دلالة الاخبار وكلام بعض اهل اللغة عليه كما سنسبع وعلى هذا فتكون مقبوضة في الآية صفة موضحة لا مخصصة وحجة القول الآخر الاصل اي اصل عدم الاشتراط والآية الشريفة من حيث ان القبض وصف للرهن فهو يتحقق بدونه والا لزم اللغو وانه لو كان شرطا كالاجاب والقبول لكان قوله تعالى مقبوضة تكرارا كما انه لا يحسن فرهان مقبولة ثم ان الآية مسوقة للارشاد اجماعا حكاها في (مجمع البرهان) فالقيود ايضا كذلك الا ترى ان السفر وعدم وجدان الكاتب غير شرط اجماعا فالقبض كذلك ولما كان الارشاد انما يتم بتمام التوثيق وهو انما يحصل بالقبض التام فالظاهر حمل الآية عليه ليم الغرض اذ بمجرد القبض ثم الدفع الى المالك لا يتم بل وجوده وعدمه سواء وانه يصدق الرهن بدون القبض ويتحقق عقده فيدخل تحت عموم قوله سبحانه اوفوا بالعقود وقولهم صلوات الله عليهم المؤمنون عند شروطهم هذا كله مضافا الى الاخبار المتواترة الدالة على جواز الرهانة من غير قيد برهن مقبوض بل قال الاردبيلي انها لا تعد ولا تحصى وقد ذكر فيها احكام الرهن التي تترتب على المقبوض من غير ذكر القبض وعدمه ولو صح ما قالوا لوجب التفصيل والا لزم الاغراء بالهبل ولهذا حكمنا بان ترك الاستفصال دليل العموم ثم ان الخبر الذي استدلل به المشهور ضعيف لضعف محمد بن قيس كما في التقيح وغيره ولا شراكه كما قاله بعض ومعلق كما في مجمع البرهان مع انهم تارة روه عن الصادق عليه السلام واخرى عن الباقر عليه السلام وانت خير بان ما ذكر في ادلة المشهور يقطع الاصل ويخصص العمومات الآمرة بالوفاء واطلاقات هذه الاخبار التي لا تعد ولا تحصى مضافا الى عدم انصرافها الى غير المقبوض لعدم التبادر لندرة غير المقبوض جدا مع ان هناك قاعدة اصولية وهي ان انصراف الاطلاقات الى العمومات مشروط بعدم ورودها لبيان حكم آخر غير ما يتعلق بنفسها وليست الاطلاقات هنا كذلك قطعا فلا عموم فيها اصلا مضافا الى اننا اذا لحظنا الاخبار المتضمنة لها حصل لنا الظن القوي جدا بتلازم الرهن والقبض بحيث كادت تدل على انه جزء من مفهومه كما نبه عليه بعض اهل اللغة كصاحب القاموس وغيره كما يناء في اول الباب ويشهد بذلك سوقها ومبايقها

وهل له المطالبة به اشكال (متن)

وان اختلفت في الدلالة عليه ظهورا وخفاء فلاحظ اخبار الباب جميعها وهي تقرب من سبعين خبرا فانها ترد بك على القطع بما ذكرنا وان قلنا انه حقيقة شرعية كما احتملنا ذلك في اول الباب ثم الاستدلال وارتفع الاشكال فأمل وعلى هذا فتكون مقبوضة في الآية الشريفة صفة موصفة كما اشرنا اليه آفا وان كان الاصل فيها التخصيص وسوقها للارشاد لا ينافي كون بعض قيودها شرطا كالعدالة في الشهادة وقد سقت آياتها للارشاد ايضا واما حديث ضعف الحديث وتعليقه فمن ضعف التأمل لان طريق الشيخ الى الحسن بن محمد بن سماعة قوي معتبر وهو احمد بن عبدون عن ابي طالب الانباري عن حميد بن زياد عن الحسن بن سماعة وقد روار عن صفوان (وقد رواه صفوان خ ل) عن عاصم ابن حميد عن محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام وقد قرر في محله ان محمدا هنا هو البجلي الثقة لمكان عاصم فكان الخبر موثقا سلمنا لكنه معتضد بخبر العياشي والاجماع من منجبر بالشهرة المملوءة والمنقولة وعمل الاصحاب كما سمعته عن التنقيح اذ قد عرفت ان العامل به جميع المتقدمين وجماعة من اعظم المتأخرين كالمحقق وابن عمه وتلميذه الابي والشهيد وغيرهم واما ابن ادريس فهو وان كان من المتقدمين لكنه خالف جريا على اصوله من عدم العمل باخبار الاحاد والموجود في التهذيب والوافي والوسائل والمختلف والايضاح وغاية المرام والمهذب البارع وايضاح النافع وجمع البرهان والكفاية والمهذبة للحرروايتعن ابي جعفر عليه السلام (نعم) رواه في التذكرة والتنقيح والمسالك عن الصادق عليه السلام وهو من سهو القلم قطعاً فلم يبق للقوم ما يستند اليه ولا بعد اليوم اشكال يرجع عليه (وليعلم) انه لا يشترط مقارنة القبض لعقد الرهن اجماعاً فلو طالت المدة بعد العقد ثم قبض الرهن صح وان اطلاق الشرطية على القبض بطريق المجاز فان الشرط خارج مقدم على المتروك في الوجود وهنا لا يعتبر تقدمه اجماعاً معلوماً ومنقولاً فكونه جزء السبب انصب لكن هذا الاطلاق شائع عند الفقهاء في هذا الباب وغيره ~~قوله~~ (وهل له المطالبة به اشكال) قد عرفت ان الاحتمالات والاقوال ثلاثة عدم اشتراط القبض بوجه واشتراطه في الصحة واشتراطه في لزوم فقط فلي الاول بمعنى انه يلزم بالعقد من دون قبض لا يجب على الراهن الا قباض لكن لا يجوز له الرجوع بعد العقد فلا يشكل لو شرط في عقد لازم ولا يجب عليه التسليم والاقباض بل انما يجب عليه ايقاع عقد الرهن وعدم الخروج عن مقتضاه الا ان يصرح بالقبض او يدل عليه قرينة (والحاصل) ان فائدة الرهن الاستيثاق بعدم تصرف المالك فيه وقد حصل وان لم يكن قد قبضه وما شرط عليه الا الرهن اللازم وقد فعل وما يجب عليه غيره وظاهر الكتاب وصريح الايضاح والمسالك ان لزوم لا كلام فيه وانما الاشكال في الاقباض وانت قد عرفت ان لا اشكال وان كان فهو ضعيف جداً لكن الشيخ في المبسوط قال اذ اجن الراهن او اغني عليه او رجع قبل القبض قبض المرتهن لان العقد اوجب القبض وقد عرفت انه قال فيه ان الاولى ان يقال ان الرهن يلزم بالايجاب والقبول واما على الثاني فان لم يكن مشروطاً في عقد لازم فلا وجه لثبوت المطالبة به بمجرد ايقاع العقد اذ لم يثبت حق الى الآن كما نبه عليه في الايضاح وخواشي الشهيد وجامع المقاصد واما اذا اشترط الرهانة في عقد لازم فالظاهر انه لا بد من الاقباض وعدم الخروج عن مقتضاه كما هو ظاهر خواشي الشهيد وجامع

وقيل يشترط فيجب اذن الراهن فيه (متن)

المقاصد وصرح بمجمع البرهان والكفاية واما على الثالث فيجبي الاشكال كفاي حواشي الشهيد وجامع المقاصد ومجمع البرهان حيث جعلوا اشكال الكتاب مبنيًا عليه من اصاله العدم وانتفاء مقتضي اذا العقد لا يقتضيه ولا سبب غيره وكذلك الحال فيما اذا كان مشروطا في عقد لازم لانه حصل الشرط الذي هو الرهن بمجرد العقد فلا يكلف بالاقباض بل لو رجع لكان له ذلك لعدم اشتراط اللزوم عليه وانما شرط عليه محض العقد الصحيح وقد اتى به ومن ظاهر قوله تعالى مقبوضة فانه سبحانه ارشد الى ان كمال التوثق لا يتحقق بدون حيث استحق اصل التوثق كان له المطالبة بالقبض الذي امر الله سبحانه به (وفيه) ان الارشاد الى التوثق بالقبض لا يدل على ان ذلك مستحق للمرتهن على الراهن بمجرد العقد ان لم يكن مشروطا في لازم فليتأمل وسيأتي للمصنف ان الراهن لا يجبر على الاقباض وبذلك صرح جماعة وهو جزم من المصنف بعد التردد لان الاشكال في ان له المطالبة يقتضي التوقف في علم الاجبار فانه متى استحق المطالبة انجبه ان يجبر الراهن عليه لانه حينئذ حق واجب عليه ويظهر من الشهيد ان الرهن المشروط في العقد اللازم يستحق القبض وان قلنا بكونه شرطًا في اللزوم (وتنقيح المسئلة) على هذا الوجه انه ان لم يكن مشروطا في لازم لا يلزمه الاقباض قطعا وان كان مشروطا فهناك امران وجوب الاقباض وعدم جواز الرجوع والظاهر انه لا يلزمه الاقباض الا بالقرينة ولا يجوز له الرجوع لان الغرض ليس ايقاع الصيغة فقط بل الاستيثاق واستيفاء الحق وذلك انما يتم اذا لم يكن له الرجوع فكان في اشتراطه في العقد دلالة صريحة على ان المراد رهن لازم مقبوض فلا يحتاج الى قرينة اخرى وأن ضما كان اولى فلا اشكال على هذا الوجه ايضا وبذلك يندفع اشكال المسالك قال يشكل فيما لو شرط في عقد لازم فان ما يجب الوفاء به هو الرهن الصحيح فينبغي ان يتحقق الوفاء بالشرط بدون القبض وان لم يلزم حينئذ فللراهن فسخه بعد ذلك لحوازه من طرفه فلا تحصل الفائدة المطلوبة من اشتراطه فينبغي التقييد برهن مقبوض ونحوه وانت قد عرفت ان ليس للراهن فسخه اذ هو لازم وليس جائزا من طرفه ومعنى المطالبة في كلام المصنف انه يستحقها ونجب اجابته كما عرفت آنفا وهو الظاهر الذي يعطيه كلام الايضاح وغيره وليس معناها ان له ان يطالب وان لم تجب اجابته لانه لا مانع من ذلك الا ان تقول ان الكلام في استحقاقها وهو حكم شرعي لا دله من مقتض والعقد لا يقتضيها الا ان تقول ان الآية الشريفة ارشدته الى ان له تحصيل كمال التوثق وقد يكون ذلك ملحوظا في ضمن الاشكال وليس هو الاول فليتأمل جيدا ويقرب في الشبه بما نحن فيه ما اذا نذر امرا جائزا كالتيدير والوصية ثم دبرا واوصى فهل يجوز له الرجوع فيه  وقيل يشترط فيجب اذن الراهن فيه  ظاهره كما فيه المحقق الثاني فيما يظهر من فحوى كلامه اختصاص الحكم بالقول بالاشترط (وقد يقال) انه يشترط فيه اذن المالك سواء قلنا بلزومه من غير قبض او صحته كذلك ولا سيما ان احتاج الى التصرف في ماله لعموم عدم جواز التصرف في مال الغير الا بطيب نفس منه الا ان يستحق القبض بوجه من الوجوه الشرعية اللازمة عليه من غير اشتراط اذنه وجزم في (الكفاية) بوجوب اذن الراهن ان قلنا بعدم اشتراط القبض في اللزوم قال وان قلنا باشتراطه في اللزوم دون الصحة فاشكال وقد دقق النظر لكن الظاهر ما قلناه واما ان قلنا بعدم الصحة الا بالقبض

ولو قبض من دونه أو أذن ثم رجع قبله أو جن أو أغني عليه أو مات قبله بطل (متن)

فلا بد من اذن الراهن كما صرح به جميع من قال به أي بالاشتراط المذكور كالراوندي وصاحب الوسيلة وصاحب جامع الشرائع ومن تأخر عنهم ممن تعرض له كما ستعرف اللهم الآن يكون قتلزمه الرهن الشرعي بوجه شرعي لازم مثل ما اذا شرط في عقد لازم كافي الوسيلة أو بندر أو شبهه فالظاهر عدم الاشتراط لانه لازم عليه شرعا من غير توقف على أمر آخر فيجب عليه التسليم ويجوز الاخذ من غير اذنه للزومه عليه وعدم جواز الامتناع له فلا أثر للاذن اذ ليس له المنع نعم ان احتاج الى التصرف احتاج الى الاذن كما نبه على ذلك في مجمع البرهان وقد يقال لمكان العموم المشار اليه بالاحتياج الى الاذن أيضا على تأمل قوله ~~فلا بد من اذن الراهن~~ فلو قبض من دونه أو أذن ثم رجع قبله أو جن أو أغني عليه أو مات قبله بطل) كافي (الدروس واللمعة) ومعناه بطلان الرهن وعدم انعقاده كما نبه على ذلك في الشرائع بقوله لم ينعقد لان القبض جزء السبب فهو بدون اذن الراهن غير مستحق اذ لم تحصل الرهانة الى الآن فهو ظلم وعدوان وما هذا شأنه كيف يكون معتبرا في السبب المشروط بالتراضي هذا في الاولين وأما في الثلاثة الاخيرة فالامر واضح ولما فهم صاحب المسالك ان التراجع انما هو في اللزوم وعدمه تكلف ما تكلف في تأويل عبارة الشرائع واللمعة فحمل قوله في الشرائع لم ينعقد على أن المراد لم ينعقد القبض ثم أشكل عليه ذلك فيما اذا جن أو مات أو أغني عليه اذ لا قبض هناك فحمل على عدم انعقاد اللزوم ثم أخذ عليه بأنه من يان الواضحات وانه كان الواجب عليه أي المحقق يان أنه هل يبطل بذلك بناء على أنه قبل القبض عقد جائز ومن شأن الجائز بطلانه عند عروض هذه الاشياء وبه قطع في القواعد والدروس أولا يبطل بذلك لانه ليس على حد العقود الجائزة مطلقا بل هو آيل الى اللزوم كبيع الخيار وبه قطع في التذكرة انتهى كلامه في المسالك ونحوه ما في الروضة وفيه وهم من وجوه (وتفصيل المسئلة) أن يقال ان القائل بأن القبض ليس شرطا بل الرهن لازم بدونه قال بأن الرهن لا يبطل بالموت أو الاغناء أو الجنون كما صرح بذلك في الخلاف والمبسوط والجواهر والتحرير وقوله فيه أي التحرير عندنا لم يرد به الاجماع قطعا وهذه هي الفروع التي أشرنا اليها فيما سلف عن المبسوط لكنه خالفها فيما اذا خرس فقال لم يجز للمرهن قبضه ومن قال انه شرط في الصحة قال بالبطلان بعروض أحد الثلاثة كالمحقق والشهيد وكذا المصنف بناء على القيل وهو قضية كلام الراوندي والطوسي صاحب الوسيلة ويحيى بن سعيد في الجامع وغيرهم ومن قال بأنه شرط في اللزوم كالمصنف في التذكرة وغيره يلزمه أن يقول بالبطلان أيضا بعروض أحد الثلاثة كما هو الشأن في العقود الجائزة كالوكالة والقراض وغيرها اذا عرضت لها أحد الثلاثة لكن المصنف في التذكرة فرق بين الموت وبين الاغناء والجنون على القول بأنه شرط في اللزوم فتدبر في الاول ولم يرجح وانما نقل أقاويل العامة ولم يفرق بين موت الراهن والمرهن وحكم في الاخيرين بعدم البطلان لانه عقد يتناول الى اللزوم كالبيع الذي فيه الخيار (وفيه) مع انه لا قائل بالفصل بين الثلاثة في غير المقام بل وفي المقام غيره (١) ان لزومه على القول به متروك بالقبض قبله جائز مطلقا سواء قلنا انه كالمعقد الجائز أو اللازم وكذلك كلام الشهيد في الدروس مضطرب فانه حكم بأنه اذا مات المرهن

(١) أي غير العلامة في التذكرة (منه قدس سره)

ولا تشترط الاستدامة فلو استرجعه صبح ويكتفي الاستصحاب فلو كان في يد المرتهن لم
يفتقر الى تجديد قبض ولا مضي زمان يمكن فيه (متن)

قبل القبض لم يطل العقد وانتقل حق القبض الى وارثه لبقاء الدين فبقى وثيقته بخلاف ما اذا مات
الراهن فان حق الورثة تعلق بالرهن فلا استيثار لاحد به أي فيقع التعارض بين الحقين فيقع التناهي ولا
منافاة عند موت المرتهن وهو من تخريجات العامة ذكره في التذكرة في تخريجات أصحاب الشافعي
وقد عرفت الحال في التركة اذا كان على الميت دين في أول الباب بما لم يوجد في كتاب وكيف
يصح منه ذلك وهو ممن يذهب الى أن القبض شرط في الصحة كالمهبة ففرقه بين الموتين غير صحيح
وان تأولنا الصحة بكل تأويل من تمامة أو قابلية وما ذكر في المقام وسابقه يعلم الحال فيما اذا شرطه
في عقد لازم ومات قبل عقد الرهن وبعده قبل الاقباض **قوله** (ولا تشترط الاستدامة)
قد نسأل الناس على ذلك على اختلاف آرائهم في القبض وبه طفت عباراتهم وقد حكى الاجماع
على ذلك في (الغنية والتذكرة وغاية المرام والمسالك والروضة والمفاتيح) وهو ظاهر كشف الحق
حيث نسب فيه الى الامامية وجامع المقاصد حيث قال لا يشترط على نبي من القولين عندنا واستدل عليه
في الخلاف بأخبار الفرقة ولم نجد لها والذي يحكيه كما يرويه وقد يستفاد ذلك بتجسم من أخبار باب
منفعة الرهن وغلته واعله اراد العمومات واستدل عليه فيه ايضا وفي (الغنية والتذكرة) بقوله صلى الله
عليه وسلم الرهن محلوب ومركوب قال وقد اجمعنا على انه لا يحمل ذلك للمرتهن فدل على ان ذلك
للاهن ومثله ما في (التذكرة) ونحوه قال في الغنية (قلت) معنى هذا الخبر رواه الصدوق في الفقيه
الطهر يركب اذا كان مرهونا وعلى الذي يركب فقته والدر بشرب وعلى الذي يشرب الدر فقته
ونحوه ما روي في (الكافي والتهذيب) وقد فهم المقدس الاردبيلي من ظاهر التذكرة في مسألة منع
المرتهن عن التصرف ان القائل بالاشتراط يقول بالاستدامة (قلت) قال في التذكرة في المسئلة المذكورة
فان جعلنا القبض شرطا وكان لازما استحق المرتهن ادامة اليد ولا ترال يده الا للارتفاع على خلاف
وقد أشار بذلك الى خلاف أبي حنيفة ومالك وأحمد حيث قالوا استدامة القبض شرط مستدلين بأدلة
أولية **قوله** (فلو استرجعه صبح) هذا فرع علم اشتراطها **قوله** (ويكتفي
الاستصحاب فلو كان في يد المرتهن لم يفتر الى تجديد قبض ولا مضي زمان يمكن فيه) اذا شرطنا
القبض في الرهن فالمعتبر تحققه ولو بالاستصحاب كما لو كان في يد المرتهن قبل الرهن بولاية أو مضاربة
أو اسنيام أو عارية أو ودية أو اجارة لتحقق تمامية السبب لان استدامة القبض قبض حقيقة فيصدق
عليه انه رهن مقبوض ولا دليل على كون القبض واقعا مبتدأ بعد الرهانة فيكتفي بالسابق والمقارن ولا
يحتاج الى تجديد قبض ومضي زمان وهو في القبض المأذون فيه شرعا كما أشرنا اليه بالامثلة خيرة
السرائع والتذكرة في موضعين منها واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وفي
(المسالك) انه واضح وقد يستشهد له بقولهم بصحة الصرف اذا كان أحد العوضين في ذمة البايع وفي
(المبسوط والخلاف) اذا كان له في يد رجل مال وديعه أو عارية أو اجارة أو غصبا فجعله رهنا عنده
بدين له كان الرهن صحيحا ويكون ذلك قبضا اذا أذن له الراهن في قبض غير الرهن قال في (الخلاف)
واذا لم يأذن لم يكن على كونه قبضا دليل ونحوها (ونحوه خ ل) ما في جامع السرائع وقال في (المبسوط)

في مسألة ما إذا أذن له وجن ثم القبض وقد قيل أنه لا يصح إلا بعد أن يأتي عليه زمان يمكن قبضه فيه وقد حكى عن الشيخ في الدروس أنه حكم بأنه لا بد من مضي زمان يمكن فيه القبض ولعله فهم أن الأذن في القبض وهو قوله أقبض يلزمه مضي زمان يمكن وقوعه فيه فلا بد بعد الأذن من أقل ما يمكن فيه وصول الرهن إليه دون القبض لأنه تحصيل الحاصل لكنتك قد سعت كلامه في المبسوط فليتأمل ولم يرجح في الدروس شيئاً وفي (جامع المقاصد) ربما قيل باشتراط مضي زمان وفي (المسالك) ربما قيل باشتراطها أي الأذن ومضي الزمان في المقبوض صحيحاً (قلت) ونحن لم نظفر باشتراط مضي الزمان إلا للشافعي إلا أن يكون القائل باشتراط الزمان قائلاً بالأذن وهو بعيد جداً (وقد قيل) في توجيه هذا القول أغنى اعتبار مضي الزمان أن الأمر بالقبض دل على اعتبار القبض بالفعل مطابقة وعلى اعتبار مضي زمان أما بالالتزام أو بالاقضاء وإذا تعدى المعنى المطابق لامتناع تحصيل الحاصل بقي المعنى الآخر وضعفه ظاهر لأن الزمان المدلول عليه ما كان من توابع القبض وقد قلنا أن القبض المقارن كاف في الامتثال فلا معنى لاعتبار مضي الزمان بعده نعم لو كان تأخره عن العقد معتبراً وجب اعتبار مضي الزمان وأقصى ما يوجه به قول الشيخ كما أشار هو إليه أن الاعتبار من القبض ما وقع بعد الرهن وهو لا يتم إلا بالأذن كالمبتدأ وضعفه أيضاً ظاهر لأننا نمنع اعتبار المقيد بالبعدية بل الأعم وهو حاصل كما عرفت وإن قلنا أن الأذن يستلزم مضي زمان قلنا في توجيه كلام الشيخ أن الاعتبار منه ما وقع بعد الرهن وهو لا يتم إلا بالأذن كالمبتدأ والأذن فيه يستدعي تحصيله ومن ضرورياته مضي زمان فهو دال عليه بالمطابقة وعلى الزمان بالالتزام إلى آخر ما ذكر في توجيه القول باعتبار الزمان وضعفه يعرف مما ذكر في تضعيفه وقد لا يكون هناك إلا قول واحد فيكون القائل باشتراط الزمان قائلاً باشتراط الأذن على بعد كما أن القائل بالأذن يلزمه الزمان فأمل وقد يكون الأقوال ثلاثة (وليعلم) أن القائل باشتراط الزمان يقول أنه معتبر من حين العقد والقائل باشتراط الأذن يقول أن الزمان حينئذ معتبر من وقت الأذن (وليعلم) أنه في الخلاف ففي الخلاف عن صحة الرهن فما ذكر وهو قضية كلام الخلاف والتذكرة وغاية المرام لأنه ادعى الإجماع فيها على صحة رهن المغصوب عند الناصب فالصحة فيما نحن فيه أولى فكل النزاع عما هو فيما سمعته من اشتراط الأذن والزمان ولكن يبقى الكلام في معنى الصحة التي ادعى عليها الإجماع فعند القائلين بأنه شرط في الصحة يكون معناها التقابلية وعند القائلين بأنه شرط في لزوم يكون معناها التامة وهذا إن كان أحد من الأولين قائلاً باشتراط شيء مما ذكر هذا كله في القبض المأذون فيه شرعاً كما عرفت فلو كان غير مأذون فيه كقبض الناصب والمشتري فاسداً فلهولان جاريان فيه وقد يوجد التفصيل بين النصب وغيره ففي النصب لا بد من الأذن ومضي الزمان وفي غيره لا يشترط شيء من ذلك كما هو قضية كلام المصنف في التذكرة وقد يكون بعض من قال بأنه لا يشترط شيء في قبض المأذون فيه قائلاً باشتراط أحد أمرين في غير المأذون فيه وكيف كان فقد أطلق الأكثر الاكتفاء به كما في المسالك والكفاية والحدائق لما تقدم من الدليل اذ يصدق على الرهن أنه مقبوض فقد وجد شرط الصحة وقد عرفت أن الشيخ قال لا بد من الأذن وقطع في التذكرة باشتراط الأذن ومضي زمان يمكن فيه تجديد القبض في خصوص المغصوب كما عرفت واستوجه في (المسالك والروضة) في مطلق المقبوض بدون إذن ووجهه ما ذكرنا فيما سلف من أنه على تقدير اعتبار القبض في الصحة أو لزوم لكن لا يعتد به بالتمهي عنه مطلقاً ولو كان مطلقه كافياً لكن في القبض المبتدأ بغير إذن

ولو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع والاقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصبا ويحتمل الضمان لان الابتداء أضف من الاستدامة ويمكن اجتماعه مع الرهن كما لو تعدى المرتهن فيه فلان لا يرفع ابتداء الرهن دون الضمان أولى (متن)

فعل هذا يحتاج الى الاذن في القبض بقوله قبض ومن لوازمه مضي زمان يمكن وقوعه فيه فلا بد بعد الاذن من أقل ما يمكن فيه وصول المرتهن اليه دون القبض لانه تحصيل الحاصل (وفيه) ان التهي قد زال بالعقد المتضمن للاذن واذا انتفت العلة انتفى المعلول والتهي معلول لعدم الاذن والمثال لا اذن فيه صريحا ولا ضمنا ويأتي في رهن الغائب ماله تقع في المقام قوله **قوله** ولو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع **قوله** هذا استطراد وحاصله ان القبض المقارن للعقد لما كان كافيا في صحة الرهن لكونه معتبرا وجب الاكتفاء به في القبض المتبر في البيع فيتحقق بمقارنته للعقد دخول المبيع في ضمان المستودع لو كان هو المشتري والمستودع في العبارة بمنح الدال مبنيا للمفعول **قوله** والاقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصبا **قوله** قد عرفت فيما تقدم انه يجوز رهن العين المعصوبة عند الناصب وان الاجماع يحكي عليه في الخلاف والتذكرة وان الخلاف منفي عنه في غاية المرام وانهم قد اختلفوا في أن قبضه هل يتحقق بمجرد العقد اذ لا بد فيه من اذن جديد ومضي زمان وان المصنف والمحقق وجعاه اكتفوا بالقبض السابق والخلاف هنا انما وقع فيما اذا اكتفينا بالقبض السابق كما اختاره المصنف والجماعة كما فهمه المحقق الثاني والشهد الثاني والصيري من عبارة الكتاب والتراجم أما لو قلنا بانتقار الرهن الى قبض جديد كما هو خيرة الشيخ وغيره وخيرة التذكرة في المنصوب ففي (المسالك) أنه لانسبة في أنه قبله مضمون لانه مقبوض قبله بالنصب أي قبل الاذن وهو كذلك وأما اذا جدد له المالك الاذن في القبض على القول بافتقاره اليه فيمكن جريان الخلاف فيه أيضا لقيام الاحتمالين فيه كما في المسالك وان كان الاقوى هنا زوال الضمان لان اذن المالك له في قبضه بمنزلة قبضه اياه ثم دفعه اليه لأنه حينئذ كوكيله وفي (جامع المقاصد) انه موضع اشكال وصريح بجامع التراجم والتحرير وظاهر التذكرة والايضاح أو صريحهما وظاهر الدروس أن المسئلة مفروضة في هذا أعني الأخير بل هو ظاهر الخلاف أيضا بل والبسوط وقد يلوح ذلك من مجمع الترهان لكن ظاهر عبارة الكتاب يناه ذلك لمكان قوله بمجرد العقد اذ ظاهره انه مبني على ما اختاره سابقا من أن القبض الجديد ليس شرطا في الرهن ان قلنا بأن القبض شرط في الصحة كما بيناه ونحوها عبارة التراجم وغيرها فحل النزاع في كلامهم غير محرر ونحريره أن يقال ان القائل بأن القبض غير شرط في صحة الرهن فينعتقد بدون القبض يلزمه القول بالضمان لانه باق في يده بالقبض الاول فلا يزول الضمان نعم يتأني النزاع من هؤلاء فيما اذا اذن له في القبض وأما القائل بأن القبض شرط في صحة الرهن وانه اذا كان في يد المرتهن ولو بالنصب لا يحتاج الى اذن وقبض جديد فانه يتحده منهم النزاع في المقام مع الاذن وبدونها فان كان أحد من القائلين بأن القبض شرط في الصحة قال بأنه لا بد في المنصوب من قبض واذن جديد فلا شبهة عنده في بقاء الضمان ما لم يحصل أحدهما ولكن لا قائل منهم بذلك (وليعلم) ان الشهيد في حواشي الكتاب قال ان مراد المصنف في كل هذه الصور بأن الضمان هل يزول بمجرد العقد أم لا أما لو

أقبضهم أو أذن لهم في إبقاء اليد واستدامتها فان الضمان يزول بلا خلاف انتهى وهذا يخالف ما صرحوا به ويمكن الجمع بالفرق بين الأذن في القبض والأذن في البقاء والاستدامة فليتأمل في ذلك (وكيف) كان فالمصرح فيه ببقاء الضمان وعدم زواله الخلاف والمبسوط والشرائع والأرشاد والدروس وحواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهو المحصلي عن ابن المتوج وفي (المختلف) ان فيه قوة وكأنه مال إليه أو قال به في التذكرة واستشكل في التحرير ولم يرجع في الإيضاح واستقرب المصنف هنا زواله أي الضمان وهو خيرة جامع الشرائع ومجمع البرهان حيث جعله أوضح فهذه أقوالهم على اختلافهم في محل النزاع والموافق للشيخ من العامة الشافعي ومالك وأبو ثور والموافق للمصنف هنا أبو حنيفة والمرني وأحمد (احتج) الشيخ في الخلاف بكلام حاصله يرجع إلى الاستصحاب ولم يحصل ما يزيله لأن الحاصل وهو الرهن المقبوض يجمع الضمان كما لو تعدى المرتهن في الرهن فانه يصير مضمونا ضمان النصب وهو رهن فاذا لم يكونا متافيين استمر الضمان لعدم المعارض وبقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي (واحتج) له الباقر بأن ابتداء كل شيء أضعف من استدامته بناء على احتياج المبتدأ إلى المؤثر واستغناء الباقي عنه أو الخلاف في احتياجه فإن استغنى على احتياجه أضعف من المختلف فيه وإذا كانت حالة الرهن القوية وهي استدامته لا تمنع حالة الضمان الضعيفة وهي ابتداءه كما إذا طرأ التعدي على الرهن فلان لا تمنع حالة الرهن الضعيفة وهي ابتداءه حالة الضمان القوية وهي استدامته فيما إذا طرأ ابتداء الرهن على استدامة النصب أولى خصوصا وقد تقدم ان وجه الاكتفاء بالقبض السابق وان كان غصبا صدق قوله تعالى فرهان مقبوضة أعم من كونه مقبوضا أمانة وعدوانا وحينئذ فيبقى ضمان النصب مستمرا إلى أن يقبضه المالك ثم يردده إليه أو يسقط عنه ضمانه ان قلنا بصحته كما هو خيرة المبسوط وغيره وتأمل فيه المصنف والشهد وغيرهما كما ستسمع لأنه إبراء مما لم يجيب (وأجيب) عن الأول بأن الحكم المستصحب قد زال سببه وهو النصب بالأذن أو بالرضا بالرهن وكونه عنده على اختلافهم في محل النزاع فيزول السبب وهو الضمان ولهذا لا يجزئ عليه حينئذ دفعه إليه وتصح عباداته المتأدية الأداء في أول الوقت عند المنع منها وكون مجرد الأخذ ظلما سبب للضمان دائما حتى بعد الرضا بكونه عنده أو الأذن غير معلوم (وقد تقول) في رد الاستصحاب ان عموم كل رهن لا ضمان فيه اذا لم يتعد فيه قد قطع استصحاب الضمان لو روده عليه فان قلتم بتحقيق الرهنية لزمكم القول بعدم الضمان وتحقق اللزوم بدون لازمه غير معقول كما ان ذلك في جريان العموم هنا غير مقبول الا أن تقول ان كل استصحاب لا بد وأن يعارض عموما فتل هذا العموم لا يعارض الاستصحاب (واجيب) عن عدم التنافي بين الضمان والرهن كما في المثال المذكور وهو ما تعدى المرتهن بأنه اذا ضمن لعدوانه لا لكونه غاصبا ومنع عدم التنافي فان يد الماصب عادية ويد المرتهن محقة ويد المرتهن يد أمانة ويد الماصب يد ضمان وهما متافيان وفيه نظر لأن المستدل لم يبين الأمر على عدم التنافي بين النصب والرهن حتى يقال بما ذكر بل على عدم التنافي بين الرهن والضمان زال النصب أو لم يزل فينبغي في الرد أن يردد الأمر معه فيقال له أتريد ذلك مع بقاء النصب أم مع زواله فيجاب بما ذكر على تقدير ارادة الأول وبعدم بقاء اللازم المساوي أعني الضمان بدون ملزومه وهو المصعب على تقدير ارادة الثاني واحتمال بقاء المعلوم هنا وان زالت علته غير مسموع لأن الأصل انتفائه ولا يصار إلى غيره الا بدليل كما في تحريم أم المفقود عليها وان ماتت فليتأمل (وأما الخبر) فهو غير

ولو أودع الغاصب أو آجره فالأقرب زوال الضمان (متن)

ناصر الدلالة بحيث لا يقبل التخصيص مع أن سنده غير ظاهر كما قال في مجمع البرهان (وفيه) أن شهرته
تغني عن النظر في سنده نعم هو مخصص عند جماعة بما إذا أودعه عنده كما ستعرف وبما إذا باعه له
عند الشيخ في المبسوط وابن سعيد في الجامع والمصنف في التحرير فانهما قطعا يزول الضمان وتحصل
التمرة في البيع فيما إذا باعه له وجعل اختياره أي الغاصب فانه لو تلف على القول بعدم الزوال كان من
مال الغاصب مقبوضا كان أو غير مقبوض أن قلنا بتحقيق الغصب بدون قبض وعلى القول بالزوال مع
البناء المذكور أعني تحقق الغصب بدون قبض يكون من مال البائع فانه لإخياره فليحظ ذلك (وبجواب)
عن التاليف بأنه مبني على مناسبات اعتبارية لا يرجع عليها في إثبات الأحكام الشرعية وبما ذكر يعلم
حجة القائل بالزوال والمسئلة محل اشكال والقول بالزوال لا يخلو من قوة كما هو الشأن في الوديعة
عنده والفرق بأن الائتمان فيها مقصود بالذات بخلاف الرهن فانه فيه تابع لا يجدي فرقا يعتد به لأن
لازم الذات كالمقصود بالذات كما ستسمع ويأتي التحقيق ويضعف الاشكال فيما ضاهى الغاصب كالمالك تام
والمستعير ضامنا والمشتري فاسدا لأن الأمر فيهم أخف من الغاصب لاستناد الينا فيهم إلى رضى المالك
ولا اثم عليهم كما في التذكرة وقد نص في المبسوط والشرائع على عدم زوال الضمان في المشتري
فاسدا وتام الكلام عند تعرض المصنف لذلك (إذا عرفت هذا) فقول المصنف ويحتمل الضمان لأن
الابتداء أضعف من الاستدانة إلى آخره يحتمل أن يكون ساقه سنداً لمنع التنافي المدعى في وجه القرب
كأن يقال لأنسلم أن الرهن ينافي الضمان لأن الرهن قد يكون أمانة وقد يكون مضموماً فيجتمعا
وحيث كان الابتداء أضعف من الاستدانة بناء على أن الباقي مستغن عن المؤثر كان دوام الرهن
أقوى من ابتدائه بالتقرب الذي عرفته آخفاً فيكون سنداً للمنع بأبلغ الوجهين إذ يكفي أن يقال
لأنسلم التنافي لا مكان اجتماعهما في صورة التعدي ويحتمل أن يكون ساقه دليلاً برأيه على الاحتمال الذي
هو مذهب الشيخ **قوله** (ولو أودع الغاصب أو آجره فالأقرب زوال الضمان) كما في (الإيضاح
وغاية المرام) وهو قضية مختار جامع الشرائع ومجمع البرهان لما عرفت من أنها ذهبا إلى زوال
الضمان في رهن الغاصب بل قد يكون ذلك قضية كلام المبسوط والخلاف والدروس حيث
لم يتعرض فيها إلا للضمان الغاصب الرهن ونص على زواله في الإيداع دون الإجارة في التذكرة
وجامع المقاصد وعن ابن المتوج أن الضمان يزول عن الوديعة والمستأجر لأنها لمصلحة المالك والحاصل
كأن الزوال في الإيداع ليس محل خلاف لأن الائتمان في الإيداع استئمان محض والمقصود
منه بالذات الاستئمان في الحفظ فالمالك قد جعله ثانياً عنه في الحفظ وإثبات اليد وأما الاستئجار
فالقائل بسقوط الضمان فيه يقول أنه أمانة وقد صرفه فيه وسلطه على منافعه وملاكها وإنا لمصلحة المالك
أيضا فيزول الضمان والقائل ببقائه يقول إن يده وإن كانت في الأصل يد أمانة إلا أن الضمان قد يجامع
يد المستأجر إذا تعدى وليست يد نيابة عن المالك في الحفظ كالمستودع وإنما هي يد استيفاء للمنفعة
فهي لمصلحة المستأجر فوجب أن يبقى الضمان معها إلى أن تتحقق التأدية إلى المالك بنفسه أو وكيله كما
دل عليه الحديث ولم يتعرض المصنف لما إذا ضاربه بالمال المنصوب وقد قرب في باب المضاربة بزوال
الضمان وهو خبرة جامع الشرائع والتذكرة واختير في (المبسوط والمهذب والشرائع والارشاد

وفي العارية والتوكيل بالبيع والاعتاق نظر ولو أبرأ الغاصب عن ضمان النصب والمال في يده فاشكال منشؤه الإبراء مما لم يجب ووجود سبب وجوبه لأن النصب سبب وجوب القيمة عند التلف والاقرب أنه لا يبرأ ولا تصير يده أمانة (متن)

وشرحه لولده وجامع المقاصد والروض والمساك (بقائه) قوله ﴿وفي العارية والتوكيل بالبيع أو الاعتاق نظر﴾ أقر بعدم الزوال كما في (حواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد) وهو خيرة التذكرة والايضاح في التوكيل ولم يرحح في الايضاح شيأ في العارية ووجه الزوال فيها أي العارية أنه قد سلطه على منافعه كالاجارة وأنها أمانة ووجه البقاء أصالة بقاء الضمان وإن العارية لاتنافي الضمان كما في بعض أقسامها ومع اشتراط الضمان مطلقاً وحصول الفرق بين امساك المستأجر والمستعير فان امساك الاول يحق لازم وعقد مقابل بالعوض فصار قبضه كقبض المالك وامساك المستعير لنفسه بغير عوض ولا عقد لازم فامساكه ضعيف فلا يرول عنه الضمان ما لم يسلمه الى المالك ووجه زوال الضمان في التوكيل في البيع أو العتق قبل البيع والتسليم الى البائع أو العتق ان الوكيل كالمستودع ويد الوكيل يد الموكل ووجه البقاء الاصل وما سبق في الرهن وحصول الفرق بينه وبين المستودع بتبوت الاجرة له ما لم يتبرع فلا تكون يده كيده نعم لو كان وكله في اثبات اليد مع التوكيل في البيع وعدمه انجبه زوال الضمان ولم يتعرض المصنف لما اذا باعه من الغاصب يما صحيحاً أو فاسداً قوله ﴿وفي العارية والتوكيل بالبيع أو الاعتاق نظر﴾ ولو أبرأ الغاصب عن ضمان النصب والمال في يده فاشكال منشأته الإبراء مما لا يجب ووجود سبب وجوبه لأن النصب سبب وجوب القيمة عند التلف والاقرب أنه لا يبرأ ولا تصير يده أمانة (متن) ما قرره من أنه لا يبرأ خيرة جامع الشرائع على الظاهر والايضاح وحواشي الكتاب للشهيد وغاية المرام وجامع المقاصد (المبسوط) قولاً عن بعض الناس وهو الموافق للقواعد لان المين مادامت موجودة لا يتعلق بالذمة منها شيء سوى وجوب ردّها على الفور وضمانها عند التلف فاذا أبرأ تعلق الإبراء بالامر الاول ولا يسقط الضمان حينئذ يزعم أنه أثر وجوب الرد على الفور فاذا سقط سقط لانه ليس أثره وانما هو أثر يد العدوان والبراء انما يسقط به الحق الثابت في الذمة لا كون اليد عدوان ونحوه وانما يزول عدوان اليد بأن تصير أمانة ولا دخل للإبراء في ذلك مادام وصف العدوان ثابتاً فتأمل (فان قلت) فلي هذا يتجه ما قاله في (التذكرة) من أنه يؤكّد ما تقدم من انتفاء البراءة مع عقود الامانات لانها أدون من التصريح بالبراءة فاذا لم تحصل البراءة هنا فلك العقود أولى (قلت) المقضي لزوال هناك ان قلنا به كون الرهن ونحوه أمانة وهو سبب غير الإبراء ولا يمنع امكان أحد السيئين وامتناع الآخر واختار الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع والمصنف في التحرير سقوط الضمان به أي الإبراء وما ذكره المصنف في توجيهه في (جامع المقاصد) أنه لا يحصل له لان وجود سبب وجوب الشيء لا يقتضي صحة تعلق الإبراء بذلك الشيء لذي لا تحقق له فلذا كان الاقرب أنه لا يبرأ بذلك ولا تصير يده يد أمانة وانما يبرأ بالرد اليه أو يستنيبه في الحفظ عنه فهو في الثاني باعتبار كونه غاصباً مؤثراً وباعتبار كونه وكيلاً في اثبات اليد عن المالك أخذ وقد يكون المصنف أراد بوجود سبب وجوبه ان الضمان سبب عن التعدي ومعنى الضمان جعل ذمة الودعي متعلقة بالمال على وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه ولزوم البديل ثمرة الضمان وقائده لا نفسه والمسايق بالإبراء هو الاول لا الثاني ولذلك يحكمون عليه بالضمان

أما المستعير المفرط أو المشترط عليه الضمان أو القابض بالسوم أو الشراء الفاسد فالأقرب
زوال الضمان عنهم بالارتهاان لأن ضمانهم أخف من ضمان القاصب ولا يجبر الرهن
على الاقباض فلو رهن ولم يسلم لم يجبر عليه نعم لو كان شرطاً في بيع فللبائع الخيار (متن)

بمجرد المدوان فيقولون صار ضماناً وإذا فعل كذا ضمن مع أن لزوم البذل لم يحصل بذلك وإنما حصل
قبول ذمته له وهذا معنى يمكن زواله بالبراءة ونظام الكلام في باب الوديعة فإنا أسبقناه هناك ولم يرجع
المصنف في التذكرة ولا الشهيد في الدروس شيئاً من القولين ولم يتعرض له في المسالك مع ذكره في
الشرائع ويبقى الكلام فيما إذا أبرأ المالك المستعير المفرط والمشروط عليه الضمان والمستودع المتعدي
والقابض بالسوم والشراء الفاسد إذ سيأتي أن ضمانهم أخف من ضمان القاصب وذلك لا يجدي لكن
في وديعة المبسوط والخلاف والتذكرة والشرائع والتحرير وجامع المقاصد أن المالك لو أبرأ المستودع
برأ من الضمان **قوله** أما المستعير المفرط أو المشروط عليه الضمان أو القابض بالسوم أو
بالشراء الفاسد فالأقرب زوال الضمان عنهم بالارتهاان لأن ضمانهم أخف من ضمان القاصب **في** هذا
احتمله في (التذكرة) ومراده أنه قد سبق أن ضمان القاصب يزول بالارتهاان فهذا أولى لأن ضمانهم أخف
لأن لوازمه أقل وقلة اللوازم الضمانية مشعرة بالضعف أما الكبرى فظاهرة وأما الصغرى فلاهم أقل
إثماً أو لا أتم عليهم ولاهم يضمنون بالقيمة على المشهور بخلاف القاصب فإنه يضمن بالأعلى على المشهور
كما في (جامع المقاصد) وقد ذكرنا في محله أن المشهور خلافه ولاهم عند بعضهم لا يضمنون المنافع
بخلاف القاصب وأما أنه إذا كان الضمان أخف يسقط بالارتهاان فلاه مقتضاه لأن مقتضاه عدم الضمان
فلا يزول إلا بمانع أقوى ولا منع الحكم في الأصل في جامع المقاصد انتهى عنده ثبوته في الفرع كما صرح به
وفي (حاشي الكتاب) بشكل يدل تسليم الاختصة بعدم صلاحيتها لعدم المعارضة فإن الأخف والأقل
يتركبان في مطلق الضمان الماني للرهن المبيع فإذا صلح أحدهما للمناقات صلح الآخر هذا كلامه
(وحاصله) أنا نستند في بقاء الضمان إلى وجود سببه لا إلى خصوصية السبب فلا فرق بين الأمرين وفصل
في (الابيضاح) فقوى زوال الضمان بالتفريط بالاقباض بالرهن وفي المقبوض بالسوم والبيع الفاسد قال
وأما العارية المقتضية للضمان فيبقى فيها مادامت باقية انتهى فليحفظ قوله بالاقباض بالرهن وجزم في
(التحرير) ببقاء الضمان في العارية المضمونة واستشكل في المقبوض بالشراء الفاسد (ونحن نقول) أن القائلين
بعدم شرط القبض في صحة الرهن يلزمهم القول بقاء الضمان إلا أن يصدر منه إذن بالقبض له
فيحيي الخلاف (وأما القائلون) بأنه شرط ويكتفون بهذا القرض كما هم المختار في الأمرين فالظاهر سقوطه
لما عرفت آنفاً وليس الأرهان كالإرأ كما عرفت أيضاً **قوله** ولا يجبر الرهن على
الاقباض **في** قد فصلنا الحال عند شرح قوله وهل له المطالبة به أشكال وبيننا هناك أن المصنف هنا عدل
عن التردد إلى الجزم وقائنا أنه إن كان غير مشروط لا يلزمه الاقباض إن قلنا إن القبض شرط في لزوم
وإن كان مشروطاً لا يجوز له الرجوع ولا يلزمه الاقباض وبيننا الحال فيه أي الاقباض على الاحتمالين
أو القولين الأخيرين **قوله** **في** فلو رهن ولم يسلم لم يجبر عليه **في** هذا توضيح وتوطئة وتمهيد لقوله
نعم لو كان شرطاً وليس تفريماً إذ هو عين ما فرع عليه **قوله** نعم لو كان شرطاً في بيع
فللبائع الخيار **في** ظاهر كلامه بقرينة ما سبق في باب شروط البيع من أنه إذا شرط العتق لا يجبر عليه أنه

وكيفيته كما تقدم (متن)

إذا شرط الرهن في بيع مثلاً فللبائع الخيار وأنه لا يجبر المشتري على الاقباض كما هو خيرة التذكرة والمختلف والدروس وهو المحكي عن أبي علي لكنه إنما يتم على القول بأن القبض شرط في الصحة وأما على القول بأنه ليس بشرط والقول بأنه شرط في اللزوم فلا إلا أن ينزل على العلم بأن ليس قصد المشترط إيقاع الصيغة قطعاً بل إنما قصده استيفاء الحق منه على تقدير عدم حصوله وذلك إنما يتم بالقبض واللزوم فكان اشتراطه في اللزوم قرينة ظاهرة على إرادة القبض كما أشرنا إلى ذلك كله فيما سلف واستدل عليه في (المختلف) بأنه شرط في عقد البيع الرهن الصحيح وإنما يصح باختيار الراهن فلا يجبر عليه فإن امتنع لم يسلم للبائع ما شرطه فكان له خيار الفسخ (وفيه) أن مقتضى العقد اللزوم وجوب الوفاء وإن الإخلال بالشرط يقتضي المعصية لقوله عليه السلام إلا من عصي الله وما كان لإخلال به معصية ففعله واجب والحق الواجب للأدعي يجبر عليه عقداً كان أو قبضاً سلمنا أنه لا يصح الإجبار على العقد فإبطال القبض لا يصح الإجبار عليه بناءً على القول بأن القبض شرط في اللزوم أو ليس بشرط أصلاً إذ ليس هناك إلا اشتراط القبض فلا يصح أن له الإجبار كما هو خيرة الشيخ والمصنف في آخر هذا البحث حيث قال نعم لو اشترطه وجب والمحقق الثاني والشهيد الثاني في المقام وخيرة جماعة كثيرين في كل شرط شرط في عقد لازم كما بينا ذلك في باب التقيد والنسيئة وباب شرائط البيع وباب القرض وغير ذلك بل قد حكى على ذلك الإجماع في (الغنية والسرائر) نعم ينبغي أن يكون له الخيار بمجرد الامتناع للاتفاق على ثبوت الخيار بالامتناع وقد الدليل على اعتبار تمذر لأجبار كما ذكر ذلك في جامع المقاصد وهو خلاف ما في المسالك لأنه بعد أن اختار فيه الإجبار جعل له الخيار عند تمذره أي لإجبار ولعل ذكر البائع في العبارة للتشيل لا للتخصيص إذا المشتري المشترط كذلك ~~سحق~~ قوله ~~سحق~~ وكيفيته كما تقدم كما في (التذكرة والدروس والخواشي وجامع المقاصد والمسالك) وقد تقدم للمصنف أن التخلية مطلقاً وفيما لا يتقل ولا يحول كالأراضي والأبنية والأشجار والنقل في المتقول والكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن وقد بينا الحل في ذلك بما لم يوجد في كتاب وفي (جامع المقاصد والمسالك) القبض هنا كالقبض في البيع فجميع ما تقدم هناك آت هنا (قلت) قد حكى الشهيد في حواشيه عن القاضي أنه قال لا يكفي التخلية في المتقول هنا ولو قلنا بأن لا كفاً بها في البيع لأن البيع يوجب استحقاق القبض فيكفي التمكين منه وهنا لا استحقاق بل القبض سبب في الاستحقاق وحكاه في (التذكرة) عن بعض الشافعية وسكت عنه وفيه نظر لعدم ظهور الملازمة وكذلك الفرق بأن القبض لما كان جزء سبب هنا على القول باعتباره لأن هذا البحث ساقط على القول بعدم اشتراط القبض وجب فيه الأخذ والنقل لا انتفاء المسمى بدونه ولما كان المقصود به في البيع زوال الضمان عن البائع وانتفاء سلطة حبسه إياه اكتفى بما يزول معه السلطة وهو رفع اليد والتخلية لأنه لا يتم أيضاً لأن انتفاء سلطة البائع والدخول في ضمان المشتري يحتاج إلى تحقيق مسمى القبض كذا قال في جامع المقاصد (والجواب) الراجع للأشكال أن القبض معنى واحد والمعتبر فيه العرف وهو متحد في البابين وما ذكره القاضي يقتضي الفرق في حكمه لا في حقيقته كما بيناه في باب الهبة (وقد يقال) أن القبض والتسليم المتحقق الذي يجب على البائع والناصب والراهن المشروط عليه ذلك ليس هو النقل الذي هو من فعل الآخر ولا وضع اليد والقبض بها لأن ذلك فعل

وانما يصح القبض من كامل التصرف وتجزي (وتجري خ ل) فيه النيابة كالعقد لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الراهن وهل له استنابة عبد الراهن ومستولته اشكال ينشأ من أن أيديهم يده (متن)

المشتري ونحوه مما ذكرنا ولا معنى لاجباؤه على الغير لان الظاهر انه لا يجب على البائع او الراهن مثلا ان يأخذ بيد المشتري او المرتهن ويضعها على المبيع ويلزمه بحمله ونقله ولا ان يكيل ان باعه مكيلا بحضوره وعلمه بل لا يجب عليه عقلا وعرفا الا التخلية بان يرفع يده عنه ويأذن له في القبض ويرفع الموانع عنه بحيث يسهل على المشتري ونحوه قبضه بسرعة عرفا فيسقط بذلك الضمان عن البائع والغاصب ويكون الراهن قد وفى بشرطه ويدل على ذلك أنهم صرحوا انه لو ادنى المبيع وقربه منه ومكنه فلم يأخذه المشتري انه لاضمان على البائع وصرحوا بان الغاصب اذا وضع المنصوب عند المالك بحيث يسهل عليه تناوله بسرعة انه يبرأ من ضمانه وكذلك الحال في المواريث وسائر الاموال المشتركة بعد قسمتها وتمكين صاحبها منها ورفع المانع عنها بل قيل في باب الاجارة ان ذلك جار في الديون وليس كذلك لعدم التشخيص كما ينشأ ذلك كله في باب البيع هذا كله في القبض المستحق واما غيره كالرهن الغير المشروط على القول بشرطية القبض في صحته فانه لما لم يتعلق حقه به ولا سلطان له قد قول فيه ان التحلة حينئذ غير كافية فليحظ ذلك وابتأمل فيه (وقد يقال) ان قضية حكم المصنف فيما يأتي قريبا بعدم جواز استنابة الراهن في القبض امدم تحقق الاستيثاق ان لا يكتفى في غير المنقول بالتخلية اذ ليس الاستيثاق فيها باعظم من قبض الراهن اذا وكله فأمل فيه **قوله** **﴿** وانما يصح من كامل التصرف **﴾** وهو الحر المكاف الرشيد غير المحجور عليه لسفه او فاس لان فعل غيره لا يندبه شرعا فلا يكون مكملا للسبب الشرعي **قوله** **﴿** وتجري فيه النيابة كالعقد **﴾** هو بالزاء المعجمة كما في اكثر النسخ وفي (جامع المقاصد) ان منعلقة خفية العبادات وفي غيرها مجاز (قلت) ورد في المعاملات في كلامهم صلوات الله عليهم قالوا يجري من البول ان يفسله بماله ويجزيك من الاستنابة ثلاثة احجار وكذا في كلام الفقهاء رضي الله عنهم وان ايت الا انه مجاز فهو كثير شايخ واجزائها فيه مما لا ريب فيه **قوله** **﴿** لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الراهن **﴾** هذا كما في (الايضاح والحواشي والتذكرة) عن الشافعي مبني على انه لا يجوز للواحد تولى طرفي القبض وبناه في جامع المقاصد على انه لا يحصل معنى الاستيثاق وكيف كان فالاقرب الحواز كما في (التذكرة والتحرير والدروس والحواشي وجامع المقاصد) لانه يجوز للواحد تولى طرفي العقد والقبض لكن لا بد من مصي زمان بعد الرهن يمكن فيه القبض ويضعف ما في جامع المقاصد بما ذكر فيه من انه ان اريد به الدوام فهو غير معتبر اصلا او مسماه وهذا مع انه لا يحصل به كمال معنى الاستيثاق يصدق في قبض الراهن عن المرتهن لانه بالوكالة عنه نصير يده يده فيكون مقبضا لكونه راھنا وقابضا لكونه وكيل المرتهن **قوله** **﴿** وهل له استنابة عبد الراهن ومستولته اشكال من ان يدهم يده **﴾** هذا وجه عدم الحواز ووجه الجواز ان توكيله ليس توكيلا لمولاه وله اهلية التوكيل باذن المولى فليست يده يد مولاه فيما ينوب الغير فيه فلا يلزم من توكيله تولى طرفي القبض بخلاف المولى وكأنه حاول ادراج الفن والفنة والمدير بقوله عبد الراهن فذلك اتي بضمير الجمع فكانت العبارة شاملة لأقسام المملوك

ويستنب مكاثبه وكل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع والعتق والاصداق والرهن من آخر مع القبض والكتابة ويلحق به الاحبال وان لم يزل فلا كالوطي من دون احبال والتزويج والاجارة والتدبير ولو انقلب خرا قبل القبض فالاقرب الخروج ولو عاد افتقر الى تجديد عقد بخلاف ما لو انقلب خرا بعد القبض فانه يخرج عن الرهن ثم يسود اليه عند المود خلا ولا يجوز اقباضه وهو خمر ولا يحرم الامساك ولا العلاج ولا النقل الى الشمس (متن)

والحوار صريح الدروس والخواشي وجامع المقاصد وقضية كلام التذكرة والتحرير وكأنه قال به في الايضاح ﴿ قوله ﴾ (ويستنب مكاثبه) لا قطاع سلطة المولى عنه سواء كانت الكتابة مطلقة او مشروطة ﴿ قوله ﴾ (وكل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع والعتق والاصداق والرهن من آخر مع القبض والكتابة ويلحق به الاحبال) لو تصرف الراهن في الرهن قبل الاقباض بهبة او بيع او عتق او وقف او حمله صداقا او رهنا من آخر مع القبض او حمله مال اجارة او كاتبه فعلى القول بلزوم الرهن بمجرد العقد تكون التصرفات موقوفة على اجارة المرتهن فان اجازها صحة والا بطلت الا في العتق على رأي كما سلف وعلى القول بان القبض شرط في الصحة يكون ذلك رجوعا عن الرهن فيطل الرهن لانه اخبره عن امكان استيفاء الدين من ثمنه او فصل ما يدل على قصد ذلك وكلها صحيحة نافذة ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد قبض المبيع والموهوب ام لا كما في التذكرة (واما الرهن) فاذا لم يقبضه فلا حكم له لكونه شرطا وفي (الدروس) انه يتغير في اقباض ايها شاء وهو كذلك وظاهر (التذكرة) انه مبطل كما في صورة الاقباض وفي عقد الرهن في العبارة في التصرف المزيل للملك مسامحة ووجهها انه اذا افاد المنع من التصرف اشبه المزيل للملك في منع التصرف بالاقباض عن الرهن السابق فيطل العقد السابق وما احسن قوله ويلحق به الاحبال فانه لا يزيل الملك وانما يمنع التصرف المزيل عن الملك ﴿ قوله ﴾ (وان لم يزل فلا كالوطي من دون احبال والتزويج والاجارة والتدبير) اذ لا تعلق للوطي المحرد والتزويج بمورد الرهن فان رهن الزوجه ابتداء حائز وظاهر التحرير الاجماع على التزويج وقال في (التذكرة) اما الاجارة فان قلنا ان رهن المؤجر جائز فهو كالتزويج والا فهو رجوع (قلت) هو عين مملوكة يصح قبضه للمرتهن باذن المستأجر ويمكن بيعه وبه قطع في الدروس واما التدبير فقد احتل في التذكرة انه رجوع لتنافي غايته وغاية الرهن واشعاره بالرجوع وقواه في الدروس وقد بينا في الفصل الثاني في المحل انه لا تنافي بين التائين وانه يجوز رهن المدبر وتدبير المرهون ﴿ قوله ﴾ (ولو انقلب خرا قبل القبض فالاقرب الخروج ولو عاد افتقر الى تجديد عقد بخلاف ما لو انقلب خرا بعد القبض فانه يخرج عن الرهن ثم يعود اليه عند المود خلا ولا يجوز اقباضه وهو خمر ولا يحرم الامساك ولا العلاج ولا النقل الى الشمس) قد تقدم في الفرع الخامس من الفصل الثاني ما يعرف به حال هذه المباحث ومراده في المسئلة الاولى انه لو رهنه عصيرا او خلا فاقبل خرا قبل القبض بناء على اشتراطه بطل عقد الرهن الواقع قبل الانقلاب من دون القبض لان الاقرب خروج العصير بالحرية عن ملك

ولو رهن الغائب لم يصير رهنا حتى يقبضه هو أو وكيله (متن)

الراهن فاذا عاد احتاج الى تجديد عقد وهذا هو المطلوب لان الغرض انه هل يعود بعوده خلا أو عصير ام لا اذ الخروج عن الرهنية حينئذ مما لاشبهة فيه كما ان الخروج عن ملك الراهن كذلك والمحقق الثاني فهم ان المراد من العبارة الاولى اعني الخروج عن الرهنية دون الثاني اعني الخروج عن الملكية فاورد عليه انه لم يصير رهنا بعد فكيف يتصور خروجه عن ذلك وعدمه وعلى ما قررناه من ارادة الثاني وهو الذي فهمه الشهيد في حواشيه ونبه عليه في موضع من التذكرة بتدفع الابرار المذكور وكلاهما معلومان متلازمان متبادران كقرسي رهان والمطلوب غيرهما كما عرفت فلا ترجيح بالتبادر وان الثاني من بيان الواضحات لتساويهما في الامرين مما وكيف كان فالبطلان والاحتياج الى تجديد عقد عند العود مذهب اعظم القائلين باشتراط القبض في الرهن بل لا نجد الآن من يقول بعدم البطلان من استرط القبض كما في (جامع المقاصد) والمصنف في التحرير والشهد الثاني في المسالك اسندا البطلان وعدم العود يزوال الحرية الى القائلين باشتراط القبض وبه صرح في الايضاح والبروس والحواشي وموضع من التذكرة وحكاها في الاول عن الشيخ وابي الصلاح لان ما بقي وهو القبض جزء من اجزاء السبب فيشترط فيه شروط ابتداء السبب فكما لا يصح ابتداء على الحر لا يصح القبض وهو خر ولان الانقلاب خرا مخرج عن الملك ومتى تخلل بين اجزاء السبب مبطل الملك بطل الخروج الجزء الحاصل عن الصلاحية بذلك وقد ناقش في جامع المقاصد في كلا الوجهين وكانها في غير محلها وجعلها في الايضاح وجها واحدا وهذا الفرع ساقط عند من لا يشترط القبض قال في (التحرير) وعندنا يعود وفي (جامع المقاصد) هذا الفرع ساقط عندنا اذ لا يشترط القبض ونحوه ما في المسالك ولم يرجح في التذكرة (واما المسئلة) الثانية فقد استوفينا الكلام فيها فيما سلف واما انه لا يجوز له اقباضه وهو خر فلان جزء السبب يعتبر فيه ما يعتبر في ابتدائه واما انه لا يحرم الامساك ولا العلاج ولا النقل الى الشمس فالغرض به الرد على الشافعي فانه حرم الثلاثة وقال انما تحل اذا استحال من نفسها حكاه عنه الشهيد وحكى في التذكرة عن بعض الشافعية اقاويل واباطيل ~~قوله~~ ولو رهن الغائب لم يصير رهنا حتى يقبضه هو أو وكيله هذا الحكم مبني على اشتراط القبض في الرهن كما في (جامع المقاصد) وجعله في التحرير مفرعا على احد قولي الشيخ وهو اشتراط القبض ولذا قال فيه وفي (الشرائع) لم يصير رهنا حتى يحضر المرتهن عند الرهن ويقبضه هو أو القائم مقامه وفي (جامع الشرائع) حتى يصل اليه وحمل في المسالك عبارة الشرائع على انه لا يصير رهنا لازما ولا حاجة الى ذلك لأن المحقق ممن يدعوب الى اشتراط القبض ولما كان الشيخ في المسوط ممن يذهب الى انه غير شرط قال لا يصبر مقبوضا حتى يصير اليه ولا يصح القبض الا بان يحضر المرتهن فقبض او يوكل في قبضه فيصح قبض الوكيل وقال في (جامع المقاصد) بعد ان بنى الحكم على اشتراط القبض كما سمعت لا بد في حصول القبض من عود الغائب الى موضع الرهن ليتصور قبضه اياه عادة او توكله في القبض لمن كان قريبا حيث يتمكن منه سواء في ذلك ما ينقل وغيره نص على ذلك الاصحاب وغيرهم وبه قال المصنف في التذكرة انتهى وانت قد سمعت كلام من تعرض لهذا الفرع من الاصحاب واما كلام المصنف في التذكرة فهو قوله ولو كان غائبا اعتبر زمان يمكن المصير فيه اليه وقوله وهل يعتبر مع ذلك

ويحكم على الراهن لو أقر بالاقباض ما لم يعلم كذبه فإن ادعى المواطاة فله الإحلاف (متن)

نفس المصير إليه ومشاهدته له وجهاً أحدهما نعم لتيقن حصوله ويثق به وأصعبهما عندهم لا ويكتفى بأن الأصل بقاؤه واختلفوا في محل القولين منهم من جملة احتياطاً مطلقاً ومنهم من جملة على ما إذا كان المرهون مما يتردد في بقائه بأن يكون حيواناً غير مأمون الآفات أما إذا تيقنه فلا حاجة وعلى اشتراط الحضور والمشاركة فهل يشترط النقل وجهاً أحدهما نعم لأن قبض المتقول به يحصل والثاني لا يشترط لأن النقل إنما يعتبر ليخرج من يد المالك وهو خارج هنا انتهى ولم أجده كلاماً في المسئلة غير هذا والذي يقتضيه النظر أن النائب إما أن يكون غائباً عن مجلس العقد أو عن بلد مما يتقل أو من غيره وإما أن يكون أمانة عند المرتهن كما إذا كان وكيلاً عليه في غير المتقول أولاً فإن كان غائباً عن مجلس العقد لا عن البلد وكان مما لا يتقل فالظاهر أنه لا يحتاج إلى مضي زمان فضلاً عن المصير إليه للأصل وقضاء العرف ولا سيما إذا كان قريباً فخاله كالحاضر كما إذا تعاقد على باب الدار أو البستان وهو خلاف ظاهر المصنف والجماعة وأما إذا كان غائباً عن بلد العقد أو كان فيها إلا أنه بعيد عادة كما في البلدان الكبار فاشكال من صدق التولية وكونه تحت يده وعدم إمكان قبض جميعه وأقصى ما يفيد المصير إليه قبض بعضه كما إذا أوصى بالأراضي البعيدة أو وهبها فإن القول بعدم حصول الملك في ذلك إلا بعد الوصول إليها بعيد ومن أن الأصل عدم وحصول الشك لمكان البعد والأصل معارض بمثله فيبقى الكلام في صدق العرف وعدمه والظاهر عدمه عند المصنف والجماعة وأما إذا كان بيد المرتهن غاصباً كان أو وكيلاً عليه وهو غير متقول احتمال قويا جداً أنه لا يحتاج إلى تجديد قبض ولا مضي زمان وإن كان غائباً عن بلد العقد واحتمل اعتبارها وأما إذا كان غائباً عن مجلس العقد أو عن البلد وكان مما يتقل فقد سمعت ما قالوه من أنه لا بد من مصيره إليه وقبضه له من دون فرق بين الحيوان وغيره ولكنهم يفرقون بين أن يكون في يته أو يد وكيله وبين أن لا يكون كذلك كما مر في رهن القبوض وهذا عند من لا يكتفي في المتقول بالتولية وقد تقدم في باب قبض المبيع ماله فنع تام في المقام ﴿قوله﴾ ﴿ويحكم على الراهن لو أقر بالاقباض ما لم يعلم كذبه فإن ادعى المواطاة فله الإحلاف﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والدروس والمعدة وغاية المرام والمسالك والروضة) وكذا جامع المقاصد (أما الأول) فلم يعمد إقرار العقلاء فيحكم عليه ولو كان في يده (وأما الثاني) كما إذا قال أرهته اليوم داري بالحجاز وهما بالعراق وأقبضته إياه فلأنه محال عادة بناء على اعتبار وصول القابض إلى الرهن أو من يقوم مقامه في تحققه (وأما الثالث) وهو ما إذا ادعى بعد الإقرار بالقبض المواطاة على الإقرار والشهاد عليه إقامة لرسم الوثيقة حذراً من تنذر ذلك إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض فليجربان العادة بذلك فتسمع دعواه فله إحلاف المرتهن على عدمها وإنه وقع موقعة هذا إذا شهد الشاهدان على إقراره أما لو شهدا على نفس الاقباض ومشاهدته لم تسمع دعوى الراهن أنه لم يقبضه وكذا إذا شهدا على إقراره فأنكر الإقرار كما صرح بذلك في الأول في المبسوط والتذكرة والتحرير والروضة والدروس والكفاية وفي الثاني في الأربعة الأول والمسالك وكذا لو رجع أي الراهن عن الإقرار بالاقباض حيث يمكن لم يقبل رجوعه وحكم عليه به ولا تسمع دعواه بحيث يتوجه على المرتهن اليمين كما في الشرائع والتحرير والدروس والمسالك والروضة وكذا المبسوط في أول كلامه ثم أنه قوى بعد ذلك السماع لجريان

ولا يجوز تسليم المشاع الا باذن الشريك فلو سلم بدونه ففي الاكتفاء به في الانقاد نظرا تفرقه
ذلك للقبض وان تمدى في غير الرهن ولو رضي الراهن والمرتهن بكونها في يد الشريك
جاز وناب عنه في القبض (متن)

المادة بوقوع الشهادة في الوثائق قبل تحقق ما فيها واستقره في التذكرة ولو ادعى الغلط في اقراره وأظهر
تأويله ممكنا كأن قال اتي أقبضته بالقول فظننت الاكتفاء به حيث يمكن في حقه توهم ذلك أو قال
استندت فيه الى ما كتبه وكيلي فظهر مزورا ونحو ذلك سمعت دعواه كما في (المبسوط والتذكرة
والدروس والمسالك والروضة) لانه لم يكذب الاقرار في الحقيقة ومعنى سماع دعواه توجه اليمين على
المرتهن بأن القبض حقيق أو على نفي ما يدعيه الراهن لان الاصل صحة الاقرار ومطابقته للواقع وهل
يقبل تأويله الممكن لو كان الاقرار في مجلس الحكم احتمالا ان أشبهها القبول ولا يفرق في ذلك كله بين
أن يكون الرهن في يده أو يد المرتهن أو في يد غيرها وكذا لا يفرق بين تلفه وعدمه كأن يقول تواطئنا
على الاقرار ثم اخذه من دون اذن قلف والمرتهن كالراهن فيما ذكر كما في المبسوط وهذه الاحكام
جارية على القول بأن القبض شرط في الصحة أو لزوم بل وعلى القول بعدم اشتراطه على بعض الوجوه
ولذا ذكرها من عرفت على اختلاف آرائهم فلا باعث على قصرها أو قصر بعضها على القول باشتراطه
في الصحة كما في ظاهر جامع المقاصد وأيضا قال المصنف في آخر البحث ان هذه كلها ساقطة عندنا
اعدم اشتراط القبض ولكنه قد ذكر فيها ما هو غير مختص باشتراط القبض كقوله ولو تنازع الشريك
والمرتهن في امساكه الى آخره قوله ﴿ولا يجوز تسليم المشاع الا باذن الشريك﴾ ظاهره
كما هو ظاهر اللمعة وصريح الشرائع والتحرير والدروس وغاية المرام أنه لا فرق بين ما ينقل وبين
مالا ينقل لاستلزامه التصرف في مال الشريك وهو منهي عنه بدون اذنه فلا يتدبره شرعا ويشكل
فما يكفي فيه مجردا لتخليه فانها لا تستدعي تصرفا بل رفع يد الراهن وتمكينه منه فلا حاجة فيه الى اذنه
كما جزم به في المبسوط واستجوده في المسالك والكفاية والحدائق والرياض ولم يرجح في الروضة
قوله ﴿فلو سلم بدونه ففي الاكتفاء به في الانقاد نظرا تفرقه ذلك للقبض وان تمدى في
غير الرهن﴾ هذا هو لاصح كما في (الايضاح وجامع المقاصد) وكذا الحواشي والاحود كما في الروضة
والاقوى كما في المسالك والاقرب كما في الكفاية لان الهي الذي توهم منه القول بعدم التامية انما
هو لحق التريك خاصة للاذن من قبل الراهن الذي هو المعتد سرعا وكونه قضا واحدا لا ينافي الحكم
بالوقوع لاختلاف الجهة وظاهر جماعة كما حكى عن صريح الشهيد عدم تمامية القبض لاهي المانع كما لو
وقع بدون اذن الراهن وهو خيرة الكتاب والايضاح وجامع المقاصد والمسالك في باب الهبة وقد قلنا كلامهم
في الباب هناك قد ظهر وجه النظر والمراد قول المصنف للقبض حصول القبض المعتبر شرعا قوله ﴿ولو رضي
الراهن والمرتهن بكونها في يد الشريك جاز﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتحرير وجامع المقاصد
والمسالك) في موضعين من الروضة وكذا غاية المرام ووجه ظاهر والضيق في كونها يعود الى المعين
المشاعة ومثله نتائج قوله ﴿وناب عنه في القبض﴾ معناه أن الشريك حينئذ ينوب عن
المرتهن في القبض كما في التحرير (وفي جامع المقاصد) لكن لا بد من اذن الراهن وفي (المسالك والروضة)

ولو تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلا يكون في يده لهما فيكون قبضاً عن المرتهن ولو تنازع الشريك والمرتهن في امساكه انتزعه الحاكم وأجره ان كان له أجره ثم قسمها والا استأمن من شاء ولو حجر عليه لئلا يمكن له الاقباض لاشتماله على تخصيص بعض الثروة ولو كانا ساكنين في الرهن تخلى بينه وبينها صح القبض مع خروج الراهن ولو اختلفا في القبض قدم قول من هو في يده (متن)

يعتبر سماع الشريك اذن الراهن في قبضه للرهن واذن المرتهن فيه وفي (جامع المقاصد) هل يكفي اذنه أي الراهن للشريك في القبض والمرتهن فيه من دون أن يأذن للمرتهن في توكيل الشريك أم لا بد من ذلك فيه احتمال وفي الاكفاء قوة لاستلزام الاذن في كل منها في القبض الاذن للمرتهن في توكيل الشريك وبه جزم في المسالك نعم لو شرط عليه القبض بنفسه لم يكف **قوله** ﴿ ولو تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلا يكون في يده لهما فيكون قبضاً عن المرتهن ﴾ يريد أنه اذا اذن الراهن للمرتهن في القبض فنازعه الشريك فيه نصب الحاكم عدلا الى آخره وبه صرح في المبسوط وجامع الشرائع والتحرير وغاية المرام وفي (حواشي الكتاب) ان هذا ضابط كلي مطرد في كل شريكين أو أكثر تدارعا في ملك ولم يمكن قسمته فان الحاكم ينزعه من الشركاء أو يؤجره وهل يؤجره على بعض الشركاء الاقوى الحواز مع عدم الضرر وأما مالا أحره له كفص الباقوت والفير وزج وتببه فان احكامه ينتزعه من أيديهم ويجعله عند أمير الى أن يتفقا وقيدنا العبارة بالاذن والقبض لانه بدون الاول لا يعتد بمأزعه وبدون الثاني لم يفتقر عن المسئلة الآتية **قوله** ﴿ ولو تنازع الشريك والمرتهن في امساكه انتزعه الحاكم وأجره ان كان له أجره ثم قسمها والا استأمن من شاء ﴾ التنازع هنا في استدامة اليد بعد القبض اذا لم يتهاوا ولكن مدة الاجارة لا تزيد عن محل الحق وأجله وبمضون ما ذكره في المبسوط وجامع الشرائع والتحرير والدروس وفي (جامع المقاصد) كانه انما أفرد هذا بخصوصه بعد تصور ثبوت الاجارة لزمان القبض لقصره بخلاف زمان لامساك (وفيه) أن قوامان كان له أجره يدفع ذلك ولا ريب في طول العبارة من دون نكته ولو قال ولو تنازعا انتزعه الحاكم وأجره ان كان له أجره والا نصب عدلا يكون في يده لهما لكان أخصر ومعنى قوله والا استأمن ان لم يكن له أجره وهذا الفرع غير مختص باشتراط القبض **قوله** ﴿ ولو حجر عليه لئلا يمكن له الاقباض لاشتماله على تخصيص بعض الثروة ﴾ كما في (الدروس) وكذا التحرير على أحد قولي الشيخ باشتراط القبض اذ المفروض وقوع التحجير بعد العقد وقبل الاقباض فلو أقبض لم يعتد به والا قرب أن العبارة لا تبطل فلو أقض بعد زوال الحجر كان ما حيا بما نص عليه في الدروس **قوله** ﴿ ولو كانا ساكنين في الرهن تخلى بينه وبينها صح القبض مع خروج الراهن ﴾ اذ لو لم يخرج لم يصح اثبوت يده على الرهن حيث هو وهو مناف للتخلى لكان لم يعرف المراد من صحة القبض هل هي الصحة في الجميع أو في البعض وان التخلى هل هي بعد خروج الراهن عنها أو قبل خروجه ولا ريب انها ان كانت بعد خروجه صح القبض وان كانت قبل خروجه قلناه ف في ادركة أنه يصح في النصف وحكي عن الشافعي أنه يصح في الجميع وضمير بين يعود الى الرهن تأويل الدار **قوله** ﴿ ولو اختلفا في القبض قدم قول من هو في يده ﴾ اذا اختلفا في القبض

ولو اختلفا في الاذن احتمل ذلك (متن)

فاما أن يعلم سبق الاذن أولا يعلم وعلى التقديرين اما أن يكون في يد أحدهما أولا يكون كأن يكون في يد ثالث وعلى التقادير اما أن يدعيه أي القبض المرتهن كما هو الغالب أو الراهن كما اذا كان مشروطا في لازم ومشروطا على المرتهن فقط وحفظه وهو يريد الخلاص من ذلك فان علم سبق الاذن وكان في يد أحدهما قد جزم في التذكرة بتقديم قول صاحب اليد واحتمله في التحرير والدروس عملا بالاصل لو كان في يد الراهن وبالظاهر لو كان في يد المرتهن لأنها يد شرعية واقعة بالاذن وفي (جامع المقاصد) لو قيدت المسئلة بما اذا علم سبق الاذن فسد الكلام اذ لا معنى لتقديم ولا للتراجع بعد تحقيق اليد وسبق الاذن ولان المراد التقديم مع اليقين وهو غلط على هذا التقدير انتهى ووجهه أنه مع سبق الاذن في الرهنية وحصول القبض لا يصح للمرتهن ان يقول هو وديعة لانه خلاف الفرض ويأتي حكمه وهو ما اذا اختلفا في انه رهن أو وديعة الا ان تقول انه يقول رجعت بعد الاذن قبضته مني سرقة او غصبا وانكر المرتهن الرجوع كما نبه عليه في التحرير قال فالقول قول المرتهن في قبضه باذنه لا بعد الرجوع انتهى وقد حقق المحقق المذكور ان الاصل بعد تحقق كون العين ملكا للراهن كون اليد الطارئة يد عدوان واصل عدم الرجوع معارض به وباستصحاب بقاء التصرف الا ان تقول انه يرجع الى الاختلاف في الرجوع لا في القبض وهو خلاف الفرض سلمنا انه يستلزمه لكن الاصل والظاهر واصل صحة العقد قاضية بتقديم قول المرتهن حينئذ كما حكم به في التذكرة لاصل عدم الرجوع لكننا نقول لا غلط حينئذ ولا فساد الا ان تقول ان الكلام في احتمال تقديم قول الراهن حينئذ مع اليقين وفيه من الغلط والفساد ما لا يخفى وان احتمله كذلك المصنف في التحرير والشهيد في الدروس فليتأمل جيدا وأن لم يعلم سبق الاذن وكان في يد أحدهما فان كان في يد الراهن وقت النزاع فالقول قوله مع يمينه كما في اصل الرهن لانه منكر والاصل معه وان كان في يد المرتهن فان قال غصبته مني او اجرته لنيرك فحصل في يدك فالقول قول الراهن ايضا مع يمينه لان الاصل عدم القبض وعدم الاذن فيه وعدم الرضا به ويحتمل في وجهه بعبارة ان القول قول المرتهن لدلالة اليد على الاستحقاق كما يستدل بها على الملك (وفيه) ان الاصل بعد تحقق كونه ملكا للراهن كون اليد الطارئة يد عدوان كما عرفت وان ادعى قبضه من جهة اخرى مأذون فيها غير الرهن كأن قال او دعيتك او اكريته من فلان فاكره منك فوجهان أحدهما ان القول قول المرتهن لأنها اتفاقا على قبض مأذون فيه واراد الراهن ان يصرفه الى جهة اخرى والظاهر خلافه لتقدم العقد المخرج الى القبض وبهذا يفترق عما اذا اختلفا في انه رهن او وديعة والثاني ان القول قول الراهن لان الاصل عدم اللزوم وعدم اذنه في القبض عن الرهن (ومما ذكر) يعرف الحال فيما اذا كان في يد ثالث وان كان المدعي القبض الراهن وانكره المرتهن بان قال اخذته غصبا أو عارية فقد يعطى اطلاق العبارة تقديم قوله مع يمينه وليس كذلك (فان قلت) اذا كان العقد جائزا من طرف المرتهن قبل قوله اذا انكر فعبارة المصنف متعجة فيه (قلت) فيه مع عدم الحاجة الى اليقين حينئذ أن العقد قد يكون لازما مشروطا في لازم كما عرفت فالظاهر عملا بالظاهر واصل الصحة تقديم قول الراهن وهذا الفرع غير مختص باشتراط القبض وقد قول بجريان هذا التفصيل فيما اذا اختلف اليعان في القبض اذا كان للبايع حق الحبس فليحظ ذلك **قوله** (ولو اختلفا في الاذن احتمل ذلك) أي تقديم قول من هو في يده لان الاصل في اليد كونها شرعية

وتصدق الرهن مع اليقين ولو تلف بعض الرهن قبل القبض وكان الرهن شرطا في البيع
تخير البائع بين الفسخ والقبول للباقي وليس له المطالبة بدل التالف ويكون الباقي رهنا
بجميع الثمن ولا خيار لو تلف بعد القبض (متن)

بالأذن وفي (جامع المقاصد) انه ليس بشي لان ذلك في اليد التي لا يعلم ما ينافيها وأما اذا علم سبق
استحقاق شخص آخر فالاصل عدم الأذن والاصل علم كونها شرعية كما هو ظاهر (قلت) وهو خيرة
الدروس ولم يرجح في الايضاح ونحن نقول الاختلاف في الأذن يقع على نحوين (الاول) ان يختلفا في
نفس الأذن فيقول المرتهن اذنت لي في قبضه فيقول الراهن لم آذن وإنما اخذته غصبا او سرقة هذا
اذا كان في يد المرتهن وأما اذا كان في يد الراهن فهو كأن يقول اذنت لي قبضته رهنا وارجته اليك
ودينه فينكر الراهن الأذن بالكلية وفي هذين يقدم قول الراهن للاصل بمجملته من معانيه (الثاني)
ان يقع الاختلاف في افراد الأذن ولعله غير مراد للمصنف وتصويره اذا كان في يد المرتهن ان يقول
اذنت لي في قبضه رهنا ويقول الراهن اذنت لك في قبضه عارية بعد حصول العقد واذا كان في يد
الراهن فهو كأن يقول اذنت لك في قبضه عارية ورددته الي ولم ارد انتقاد الرهن ويقول المرتهن
اذنت لي في قبضه رهنا قبضته واودعته عندك وحكمها يعرف مما تقدم **﴿ قوله ﴾** (وتصديق
الراهن مع اليقين) اي احتمل تصديق الراهن مع يمينه اذا اختلفا في الأذن لان الأصل في طرفة
وفي (جامع المقاصد) انه الأصح **﴿ قوله ﴾** (ولو تلف بعض الرهن قبل القبض وكان الرهن
شرطا في البيع تخير البائع بين الفسخ والقبول للباقي وليس له المطالبة بدل التالف ويكون الباقي رهنا
بجميع الثمن) تلف البعض اما ان يكون قبل قبضه فقط والبعض الآخر مقبوض او بعده والآخر غير
مقبوض او قبل قبض الكل وهو الظاهر من كلام المصنف هنا وفي التحرير والشهد في الدروس
او بعد قبض الكل وقد تلف الكل قبل القبض وعليها اما ان يكون مشروطا في لازم او غير
مشروط فان كان مشروطا قلنا ان القبض شرط فان كان التالف غير مقبوض وكان الآخر مقبوضا ثبت
للبيع الخيار لقصد الرهن بكماله بين الفسخ والقبول للباقي وليس له المطالبة بدل التالف لان الرهن لم يتم
والاشتراط انما تعلق بالعين وقد تعذر بعضها تلفه وليس للراهن خيار لمكان قبض البعض فتأمل وان كانا غير
مقبوضين ثبت الخيار للراهن والبائع اما الراهن فلانه انما وقع التسلط عليهما معا وقد تلف احدهما
فتبعضت الصفقة اذ لعله لا مصلحة له كما اذا وقع على الخارية وولدها متلا فهو مخير بين اقباض الباقي
وامساكه فان امتنع من قبضه ثبت للبائع الخيار واما البائع فلما تقدم واما لو تلف بعد قبضه والآخر
غير مقبوض فيحتمل ان لا خيار للبائع لانه لو تلف كله حينئذ فلا خيار فاذا تلف بعضه فكذلك او
اولى فيكون الباقي رهنا بجميع ماله ويحتمل بوث الخيار لانه بعد لم يقبض البعض الآخر فتبعضت
الصفقة فله ان يرضى برهنية الباقي ولا بدل عن التالف وان يفسخ من المبيع في مقابلة الباقي وبمضي في
مقابلة التالف او يفسخ في الجميع وقال الشيخ فيما اذا رهن عبيدين وسلم احدهما الى المرتهن فمات في يده
وامتنع من تسليم الآخر لم يكن للمرتهن الخيار في فسخ البيع لأن الخيار في فسخ البيع انما ثبت اذا رد الرهن
ولا يمكنه رده لفواته والحق ثبوت الخيار كما ذكرنا وهل ثبت للراهن خيار الطاهر ثبوت ذلك لعل الثاني
من الاحتمال الثاني ومنه يعلم حال تلف الكل قبل القبض وحال تلف البعض بعد قبض الكل فانه

وكذا يتغير البائع لو تعينت العين قبل القبض كأنهدام الدار وهذه الفروع كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض نعم لو شرطه وجب ﴿فروع الاول﴾ لو شرطاً وضعه على يد غيرها لزم ويشترط فيه كونه ممن يجوز توكله وهو الجائز التصرف وان كان كافراً أو فاسقاً أو مكاتباً لكن يجعل لأصيباً ولا عبداً إلا بأذن مولاه (متن)

لا خير لتحقيق حصول الشرط واليه أشار المصنف بقوله ولا خيار لو تلف بعد القبض وبأدنى تأمل يعرف حال غير المشروط ﴿قوله﴾ (وكذا يتغير البائع لو تعينت العين قبل القبض كأنهدام الدار) لانه لا يفسخ عقد الرهن لان ماليتها لم تذهب بالكلية فان عرضها واقتاضها باقية فيثبت للمرتهن الخيار ان كان الرهن مشروطاً في بيع لانها تعينت وتقصت قيمتها وتكون العرصة والاتقاض رهناً بجميع الدين اذا لم يفسخ لان العقد ورد على مجموع الدار المشتتة على العرصة والاتقاض من الاخشاب والاحجار ونحوهما وما دخل في العقد استقر بالقبض ﴿قوله﴾ (وهذه الفروع كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض) قد عرفت ان جملة منها جارية على القولين ﴿قوله﴾ (نعم لو شرطه وجب) قد اشرنا الى هذا عند شرح قوله نعم لو كان شرطاً في بيع فالبائع الخيار وان هذا عدول عن ذلك واستوفينا الكلام هناك ﴿قوله﴾ (ولو شرطاً وضعه على يد غيرها لزم) وفي (المبسوط والخلاف والسرائر) اذا شرط الراهن وضعه على يد عدل صح شرطه وزاد في الاولين فاذا بض العدل لزم وفي (الخلاف) ان عليه اجماع الفرقة وجميع الفقهاء الا ابن ابي ليلى فانه قال لا يصح قبضه ونسبه في التذكرة الى علمائنا وجماعة من الفقهاء وفي (الشرائع) اذا شرط المرتهن وضعه على يد عدل ممن لزم وفي (التحرير والدروس) يجوز اشتراط وضعه على يد عدل وفي (الارشاد) يجوز وضعه على يد اجنبي وقيد في مجمع البرهان برضاها فقد تحصل انه يجوز ان يشترط المراهنان وضع الرهن على يد ثالث سواء تعدد أو אחד عملاً بالأصل وقوله صلى الله عليه وسلم المؤمنون عند شروطهم واللاجماع المذكور لا تطابقه عليه ونسب الى علمائنا في التذكرة انه يكون وكلاً للمرتهن نائباً عنه في القبض والظاهر من الوضع الاستدامة والابتداء معاً كما ستعرف ومن اللزوم في العبارة لزوم القبض ويحتمل لزوم الشرط والوضع ولا كلام في لزومه من طرف الراهن وكذلك المرتهن لان الراهن ما رهن الا على هذا السرط ولعله لمصلحة له في ذلك ويبيح عليه ما يأتي في الفرع الثالث وفي (الخلاف) اذا عزل المرتهن العدل لم ينزل وهل للراهن أن يستقل بالوضع من دون حضور المرتهن واذنه ام لا احتمالان اظهرهما ان له ذلك لانه وان تعلق حق المرتهن به لكه على هذا الشرط فان دام عليه فذاك والا ارتفع حقه ﴿قوله﴾ (ويشترط كونه ممن يجوز توكله) لانه قد عرفت انه وكيل كما سمعته عن التذكرة وهو ظاهر جماعة وصريح آخرين ومعناه انه يشترط في صحة القبض ولزومه كونه ممن يجوز توكله فان قبض الصبي وعدمه سواء وكذلك العبد بدون اذن مولاه فلا يصح القبض ولا يلزم به الرهن اذا جعل الصبي وكلاً فيه ابتداء واستدامة معه فلو ان شرطاً استدامة قبضه في يد صبي مأمون رشيد بعد قبض المرتهن له كان وكلاً جليلاً لاشريعاً وصح القبض والرهن ﴿قوله﴾ (وهو الجائز التصرف وان كان كافراً أو فاسقاً أو مكاتباً لكن يجعل لأصيباً ولا عبداً إلا بأذن مولاه) ولا فرق في هذه بين الذكر والاتي وظاهر الاطلاق قد يعطى انه يجوز إثبات الكافر وأيداعه المصحف والعبد

(الثاني) لو جملاه على يد عدلين جاز وليس لاحدهما التفرد به ولا يعضه ولو سلمه أحدهما إلى الآخر ضمن النصف ويحتمل أن يضمن كل منهما الجميع ففي استقراره على أيهما اشكال (متن)

المسلم وقد مر الكلام في ذلك في باب البيع والرهن واعتبر في الجمل في حواشي الكتاب ان يكون أكثر من اجرة المثل او مساويا لها لا اقل ونحوه ما في جامع المقاصد واطلق في التذكرة والدروس ولا يعتبر حينئذ اذن مولاة ولو اذن له المولى زال الحجر لان الحق دائر بينهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جملاه على يد عدلين جاز ﴾ اجماعا كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس لاحدهما التفرد به ﴾ كافي (المبسوط والشرائع والارشاد والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية) هذا اذا شرطاً عليهما الاجتماع او اطلقا عملا بظاهر الحال من ان اختيار الاثنين لعدم الاكتفاء يحفظ احدهما كأن يضيء في بيت ويضع كل واحد منهما عليه قفلا واما اذا لم يمكن اجتماعهما على حراسته فانه يتفرد احدهما به باذن الآخر كما في مجمع البرهان وروى ما حكى عن بعض انه قال لا يسلم احدهما الا بأذن الآخر وليس كذلك، قطعا بل يجب التسليم فوراً لان المال لهما وليس للأحدهما حفظه باذنها فاذا أخذ مالهما لا يجوز له حدها الا أن يكون للاشهاد ونحوه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يعضه ﴾ لانه لا يجوز لهما أن يقتسماه وان كان مما يمكن قسمته من غير ضرر كما في (المبسوط والتحرير والتذكرة) خلافا لجماعة من العامة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو سلمه أحدهما إلى الآخر ضمن النصف ﴾ لانهما بمنزلة أمين واحد ولان الواجب عوض واحد وهما متساويان في ثبوت سبب الضمان لان أحدهما ينعقد والآخر مفرد وفي (جامع المقاصد) انه ليس بشيء لان تساويهما في ثبوت سبب الضمان لا يقتضي التقييد كما لو ترتبت أيدي القاصين على العين الواحدة ونعم كونها بمنزلة أمين واحد بل كل واحد أمين مستقل على الجميع غاية ما في الباب انه قد شرط عليه انضمام يده إلى يد الآخر وحفظه إلى حفظه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتمل أن يضمن كل منهما الجميع ﴾ هذا هو الاصح كما في (جامع المقاصد) والاجود كما في (المسالك) لان كلا منهما يجب عليه حفظه أجمع ولهذا لا يصح الاقسام وقد حصل منه سبب الضمان للجميع فيتخير المالك في تضمين من شاء منهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ففي استقراره على أيهما اشكال ﴾ الاشكال مبني على الاحتمال الاخير وهو ضمان كل منهما الجميع على طريق البدل وفي (الايضاح) ان الاصح انه يستقر الضمان على من ضمنه المالك ونحوه ما حكى عن ابن المتوج من أنه ان أتلفه أحدهما أو هما بغير الامساك ضمنه وان تلف بأقعة من الله سبحانه (سماوية خل) أو أجنبي ولم يحصل منهما الا الامساك فالأقوى حينئذ الضمان على من ضمنه المالك وليس له الرجوع على الآخر وقال الشهيد في حواشيه ان المقول استقرار الضمان على من تلف في يده وفي (جامع المقاصد) ان هذا هو المعروف في المذهب في أبواب القصب وغيرها لانه اذا استوى شخصان في اثبات اليد عدوانا وفي العلم بذلك وانفرد أحدهما بوقوع التلف في يده كان قرار الضمان عليه واستجوده في المسالك وعلى هذا لا يبقى مجال للاشكال ووجه الاشكال على ما ذكره الشهيد والمحقق الثاني ينشأ من أن المسلم مضيق بسلبه والتسليم حافظ فقد عمل بمقتضى الاستئمان فيكون قرار الضمان على المسلم وضعفه في (جامع المقاصد) بانه لو تم لم يجز الرجوع عليه بشيء أصلا وليس كذلك بل يده يد عدوان لان الاذن لاحدهما في وضع اليد انما هو مع وضع يد الآخر ومن أن يد مثبت اليد المتسلم يد عادية والآخر

(الثالث) ليس لاحدهما ولا للحاكم نقله عن العدل الذي اتفقا عليه مادام على العدالة ولم يحدث له عداوة ولو اتفقا على النقل جاز فان تغيرت حاله أجيب طالب النقل فان اتفقا على غيره والا وضعه الحاكم عند ثقة ولو اختلفا في التغير عمل الحاكم على ما يظهر بعد البحث ولو كان في يد المرتين فتغيرت حاله في الثقة أو الحفظ نقله الحاكم الى ثقة ولو مات العدل نقله الى من يتفقان عليه فان اختلفا نقله الحاكم ولو كان المرتين اثنين فمات أحدهما ضم الحاكم الى الآخر عدلا للحفظ (متن)

مفرط تارك للحفظ ومتعد بالتسليم الى الثاني واليد العادية أقوى في الضمان من تارك الحفظ وهو أولى بالاستقرار مع التعارض فكان الأول أي مثبت اليد كالمباشر والثاني أي المسلم كالسبب لان الشارع ساواهما في سببية الضمان مع المباشرة والسببية الائتلاف والاول أقوى فيساوي الاقوى أي مباشر التلف مضافا الى أن الضمان واثبات اليد وجوديان وتارك الحفظ عديمي وسببية الوجودي للوجودي أقوى وأولى من سببية العدمي للضمان والى أن اليد العادية سبب سببية التضمن بالتسليم مع كونها علة تامة في التضمن فكانت أقوى وأولى في التضمن من التسليم هذا ما ذكره في الايضاح في هذا الوجه مع زيادة ايضاح وحاصل ما يعتد به منه ان المسلم مفرط والمتسلم متعدي والمتعدي أقوى (وفيه) أن كلا من التعدي والتفريط سبب مستقل في الضمان ولكل منهما يد على العين فاذا تلفت كان التلف مضموفا على كل منهما والمفروض ان التلف بأفة معاوية أو من أجني وان المسك لم يباشر التلف بنفسه ولم يحصل منه الا الامساك وهذا الوجه ذكره الشهيد والمحقق بعبارة أخرى غير عبارة الايضاح والمراد واحد وقال الشهيد وذكر بعض ثاكا وهو ان كل من ضمنه المالك فقرار الضمان عليه فلا يرجع على الآخر لما عرفت من اشتراكهما في حصول سبب الضمان وقضية ذلك ان الاشكال في كلام المصنف دائر بين تضمين المسلم أو تعيين الضمان عليه أو بين تضمين المسلم كذلك وان لا خيار للمالك وقضية كلام الايضاح ان الاشكال في تضمين المسلم خاصة وفي تخيير المالك لان الوجه الاول الذي ذكرناه في توجيه استقرار الضمان على المسلم لم يذكره في الايضاح وانما ذكر مكانه في وجه عدم استقراره أي الضمان على مثبت اليد على الكل بتسليم الآخر له ما يدل على الوجه الثالث الذي حكاه الشهيد الذي هو غير ما يظهر من العبارة قال في (الايضاح) ان الوديمة لا تستعقب الضمان للمودع لان يد المستودع ليست عادية بالنسبة اليه ولا مضبونة له بغير العدوان كالغاصب من الغاصب فانه أزال تمكنه من الدفع الى المالك والمشتري العالم من الغاصب فانه أثبت يده بعوض للغاصب فقد جعلها مضبونة له ويده مساوية ليده لانها استنابة في الحفظ فضمن تلفها كضمن تلف يده فلا يضمن مثبت اليد للدافع اليه مع تضمين الدافع ولا بالعكس ولان كل واحد منهما سبب تام في التفريط والضمان من غير التفات الى الآخر فان المسلم بمجرد ترك حفظه يضمن سواء أثبت الآخر يده منفردة أولا واثبات الآخر يده منفردة سبب تام في التضمن سواء فرض كون الآخر مسلما أولا فلا يرجع أحدهما على الآخر فيستقر الضمان على من ضمنه المالك منهما ﴿ قوله ﴾ (الثالث) ليس لاحدهما ولا للحاكم نقله عن العدل الذي اتفقا عليه مادام على العدالة ما لم يحدث له عداوة ولو اتفقا على النقل

الرابع للعدل رده عليهما لأعلى أحدهما إلا باتفاق الآخر أو إلى من يتفقان عليه (متن)

جاز إلى آخر الفرع) يد العدل يد أمانة وهو مقطوع بالحفظ فلو اتفقا على نقله من يده كان لهما ذلك لأن الحق لهما وإن اختلفا فيه فلا يجوز لأحدهما ولا للحاكم أن يفرد بنقله وإخراجه من يده لأنهما رضا بأمانته ونيابته عنهما اللهم إلا أن يخرج عن العدالة لأن الفاسق غير موثوق على ما في يده كما نص على ذلك في المبسوط وغيره وكذا إذا حدث له عداوة مع أحدهما إذ لا يؤمن أن يرتكب بعض الخيل المترتب عليها ضرر أحدهما وبمجرد حصول العداوة لا يخرج عن العدالة ما لم يفعل فعلا من مقتضيات العداوة يوجب الفسق فالظاهر أن المراد بالعداوة الدنيوية كما في الحواشي وجامع المقاصد ويتقدح من هذا أنه من أول الأمر لا ينعقد الشرط مع العداوة ولا يسوغ للحاكم استئمان من كان عدوا لصاحب الأمانة ومن صرح بأنه إذا حدثت عداوة بينه وبين الراهن أو المرتهن أوجب طالب النقل الشيخ في المبسوط والمصنف في التحرير والتذكرة والشهد في الدروس وغيرها وكذلك الحال فيما إذا تغيرت حاله بمرض أو كبر أو نحو ذلك بحيث لا يقدر على حفظه وكل موضع وجب نقله فإن اتفق الراهن والمرتهن على من ينقل إليه قل لأن الحق لهما وإن اختلفا ودعى كل واحد إلى غير الذي يدعو إليه الآخر فإن الحاكم يجتهد في ذلك وينقله إلى ثقة أمين نص عليه في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس وإن اختلفا في التغير فادعى أحدهما أنه تغير حاله وأنكر الآخر ذلك نظر الحاكم فإن ثبت عنده تغير حاله قل على النحو المذكور والا فإقر في يده كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وكذلك ينقله الحاكم إلى ثقة إذا كان في يد المرتهن وتغيرت حاله واختلف المرتهن والراهن فكل يريد نقله إلى غير من أَرَادَهُ الآخر وأما مع تراضيهما على عدل فلا مدخل للحاكم وعبرة الكتاب هنا مطلقة وبالحكم المذكور صرح في المبسوط وغيره وكذلك الحال فيما إذا مات العدل الذي في يده الرهن فانهما أن اتفقا على نقله إلى يد رجل عدلا كان أم فلا كلام وإن اختلفا نقله الحاكم إلى ثقة أمين وكذلك ينقله الحاكم إلى ثقة إن كان في يد المرتهن ومات وصار الرهن في يد وارثه أو وصية ولم يرض الراهن بكونه في يد أحدهما كما في المبسوط ولو كان المرتهن اثنين ولم يأذن لكل منهما بالانفراد فأت أحدهما ضم الحاكم إلى الآخر عدلا للحفظ وعبرة الكتاب مطلقة في المقام قوله ﴿ الرابع للعدل رده عليهما لأعلى أحدهما إلا باتفاق الآخر أو إلى من يتفقان عليه ﴾ العدل لما كان أمينا متطوعا لا يلزمه المقام على الحفظ فإذا أراد رده رده عليهما كما في (المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والدروس والكفاية) فإن امتعا أجبرهما الحاكم أو قبضه عنهما كما في المبسوط وبعض ما ذكر ولا يجوز له الرد على أحدهما سوا- كان قد امتنع الآخر أم لا فإن دعه إلى أحدهما ضمنا كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وهو قضية كلام الباين ويبي الكلام في تصوير ضمان الراهن إذا كان هو القابض واستظهر في (مجمع البرهان) جواز تسليمه إلى الراهن وقال أن الاستصحاب يقتضيه وكونه مالكا واحتمل حمل عبارة الارشاد حيث اقتضت عدم جواز تسليمه إلى أحدهما على ما إذا كانا قد شرطنا ذلك في الرهن والاستصحاب لا مجال له مع الارتهاان وتسليمه إلى الراهن تضييع لوثوق المرتهن أو لحقه إذ لا مبيع حينئذ للراهن على دفع الحق وقضية الارتهاان أن يكون الرهن في يد المرتهن فلو احتمل هنا احتمال أنه يكون له وجه (وأما) أن يسلمه إلى من يتفقان

ويجب عليهما قبوله ولو سلمه الى الحاكم أو الى أمين مع وجودهما وقبولهما للقبض من غير إذن ضمن فإن اختفيا عنه سلمه الى الحاكم ولو كانت غائبين أو أحدهما لم يجز له تسليمه الى الحاكم ولا غيره من غير ضرورة فيضمن ومع الحاجة يسلمه الى الحاكم أو الى من يأذن له (متن)

عليه ولو كان المتفق عليه أحدهما فوجه ظاهر أيضا ﴿ قوله ﴾ (فيجب عليهما قبوله) كما في (التذكرة والتحرير) لأنه لا يلزمه المقام على ذلك فإن امتعا أجيرا أو قبضه الحاكم أو نصب من يقبضه كما أشرنا إليه آنفا ﴿ قوله ﴾ (ولو سلمه الى الحاكم أو الى أمين مع وجودهما وقبولهما للقبض من غير إذن ضمن) إذا سلمه والحال كذلك الى الحاكم ضمن العدل والحاكم كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير) وإن سلمه كذلك الى الأمين ضمنا أيضا والوجه فيها واضح لأنه لا يجوز للعدل أن يدفع الرهن الى غير المتراهنين مع حضورهما وامكان الاتصال بهما ولا يجوز للحاكم أن يقبضه حينئذ لأنه إنما ثبت له ولاية عليهما اذا امتعا من قبضه وأما الأمين الذي قبضه فإنه قبضه بغير حق فلزمه الضمان وكان الأولى للمصنف أن يقول ضمنا ولو قال ولو سلمه الى الحاكم أو الى أمين بأذنه مع وجودهما الى آخره لأغنى عن السطرين الذين في أول الفرع الخامس بل الاستغناء على هذه الحال أيضا ظاهر ﴿ قوله ﴾ (فإن اختفيا عنه سلمه الى الحاكم) كما في (المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس) وغيرها فنصب آمينا يقبضه منه لهما والمراد انهما اختفيا عنه عمدا لئلا يتسلطوا منه مع طلبه منها تسلمه ﴿ قوله ﴾ (ولو كانا غائبين أو أحدهما لم يجز تسليمه الى الحاكم ولا الى غيره من غير ضرورة) كما في (المبسوط والخلاف والشرائع والتحرير والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية) فيضمن حينئذ كما صرح في بعض هذه ولا يسلمه الى الحاكم والحاضر منهما حتى يكون الحاكم نائبا عن الغائب والحاضر قابضا عن نفسه ولا الى الحاضر فقط كما هو واضح وليس له قسمته واعطاء الحاضر بصفة بخلاف ما لو أودع اثنان وديعة عند ثالث وغاب أحدهما وحضر وطالب فإن الحاكم يقسم بينه وبين الغائب لانها مال كان وفيما نحن فيه الملك لأحدهما والآخر حق الوثيقة وذلك لا يمكن قسمته فاختلفا وحينئذ فيجب على العدل الصبر الى أن يحضر أو يحضر الغائب إذ المفروض حصول العمية اتفاقا فلم يحصل تقصير والمراد بالضرورة العذر العرفي كسفر عزم عليه ونحوه كما صرح به جماعة (وقد يقال) ان الحاكم ولي الغائب كما هو مقرر في أبواب الثقة فالعدل دفعه اليه مع غيبتها وان لم يكن له ضرورة كما أن له دفعه الى مالكه كذلك (وبجواب) بأن ولاية الحاكم ليست كولاية المالك مطلقا بل هي منوطة بالاحتياج والمصلحة فتقدر بقدرها والشاهد على ذلك اطباقيهم هنا على عدم جواز تسليمه اليه من غير عذر وفي (المالك) أن من القواعد المقررة في بابها أن الودعي ليس له دفع الوديعة الى الحاكم مع امكان مالك ولا مع غيبتها الا مع الضرورة وما نحن فيه من افراد تلك ولو كان الحاكم كالمالك لجاز الدفع اليه في الموضعين فليتأمل في المقام ﴿ قوله ﴾ (ومع الحاجة يسلمه الى الحاكم أو الى من يأذن له) كما في (المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارتداد والدروس ومجمع البرهان) وغيرها والحكم لا ريب ولا خلاف فيه هذا بما اذا كانا غائبين كما هو المفروض وكذلك لو كان أحدهما حاضرا وامتنع والا سلمه اليه والى الحاكم لأنه نائب الغائب لمكان الضرورة كما هو المفروض

فإن سلمه إلى الثقة من غير إذن الحاكم ضمن ولو تمذر الحاكم واقتصر إلى الأيداع أودع من ثقة ولا ضمان (الخامس) لو لم يمتنع من القبض فدفعه إلى عدل يغير أحدهما ضمن ولو إذن له الحاكم ضمن أيضا لا تنفاه ولا يته عن غير المتع ويضمن القايض أيضا ولو امتنع لم يضمن بالدفع إلى العدل مع الحاجة وتمذر الحاكم فإن امتنع أحدهما فدفعه إلى الآخر ضمن والفرق أن العدل يقبض لهما والآخر يقبض لنفسه (السادس) لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك وللراهن فسخ الوكالة إلا أن تكون شرطا في عقد الرهن وليس للمرتهن عزله (متن)

﴿ قوله ﴾ (فإن سلمه إلى الثقة من غير إذن الحاكم ضمن) أي مع الحاجة والقدرة على الحاكم كما جزم به في الإرشاد وقربه في التذكرة لأن الحاكم ولي النائب وقال في (المبسوط) قيل فيه وجان أحدهما يضمن والآخر لا يضمن ﴿ قوله ﴾ (ولو تمذر الحاكم واقتصر إلى الأيداع أودع من ثقة ولا ضمان) كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وفي (الدرر والمساك) يودعه من التقوى يشهد عليه عدلين واحتمل في مجمع البرهان دفعه وإعلام الثقة بذلك ولو أودعه من غير ثقة ضمن ﴿ قوله ﴾ (لو لم يمتنع من القبض فدفعه إلى عدل يغير أحدهما ضمن ولو إذن له الحاكم ضمن أيضا لا تنفاه ولا يته عن غير المتع ويضمن القايض) إن رجع ضمير ضمن الثانية إلى الحاكم فلا بد من تقييده مع التعمد والافهم من خطأ الحكم وإن رجع إلى الدافع لأن تسليمه حيثئذ عدوان فخيمه أن له الرجوع على الحاكم أن تعمد لأنه اغتر بأذنه وإن رجع إلى القايض كما هو أحد الاحتمالين في ضمن الأولى أغنى عن قوله وضمن القايض ولو قال فيه أيضا فكذلك ووجه ضمان القايض أن يدها دية ولا أثر لعدم علمه بأحال لكن مع الجهل يرجع على من غره ولو امتنع لم يضمن بالدفع إلى العدل مع الحاجة وتمذر الحاكم تقدم مثله فيما لو غاب وقضيه أنه يضمن الدفع إلى العدل إذا امتنع مع تعذر الحاكم وعدم الحاجة وفيه تأمل قال في (التذكرة) ولو امتنع من القبض وليس هناك حاكم فتركه عند ثقة حاز ولم يتعرض للحاجة وعدمها ﴿ قوله ﴾ (وإن امتنع أحدهما فدفعه إلى الآخر ضمن والفرق أن العدل يقبض لهما والآخر يقبض لنفسه) ومثل ذلك قل في (التذكرة) ومما إن العدل الأجني الم يمكن له في العين حق فهو لا يقبض إلا لهما لعدم ظهور ما يقتضي خلافه وأما أحدهما فإن شأنه أن يقبض لاسمه وهذا ظاهر حاله باعتباره أن له في المير حقا فلا يجوز تمكيطه حيث منها نظرا إلى هذا الظاهر وقبضه لهما مرجعه إلى قصده وهو أمر خفي فلا يصح أن يقال أنه لو قبض لنفسه وللآخر وحب التسليم إليه وذلك كله مع الحاجة وتعذر الحاكم ﴿ قوله ﴾ (لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك) قد تقدم أنها إذا شرطا أن يبيع العدل عند الحلول صح الشرط وكان ذلك توكيلا في البيع منجزا وليس شرطا في الوكالة وإنما الشرط في الصرف كما ص عليه في التذكرة والتحرير وحواشي الكتاب ونبه عليه في المبسوط فاندفع ما أورد من أن وكالة شرطها التحيز فلو أمر الراهن العدل بالبيع عند الحلول كان له ذلك كما في (التذكرة) لكن صرح الأصحاب كما في جامع المقاصد أنه لا بد لجوار البيع من إذن المرتهن وستسمع ذلك ﴿ قوله ﴾ (وللراهن فسخ الوكالة إلا أن تكون شرطا في عقد الرهن وليس للمرتهن عزله) قد نص على ذلك كله في المقام في (المبسوط والخلاف والدرر)

لأن العدل وكيل للراهن لكن ليس له البيع إلا بأذنه ولو لم يزل لم يبيع عند الحلول إلا بتجديد
 اذن المرتهن لأن البيع لحقه فلم يجز حتى يأذن فيه ولا يقتصر إلى تجديد اذن الراهن ولو أئلف
 الرهن أجنبي فعليه القيمة تكون رهنا في يد العدل (متن)

واقصر في التذكرة والتحرير على نسبة ذلك إلى الشيخ وصرح في (الوسيلة) بالحكم الأول المتعلق
 بالرهن ولم يتعرض للمرتهن وفي (جامع الشرائع) فإن عزله الراهن انزل وبجمل على ما إذا لم يكن
 مشروطا في لازم وقد استوفينا الكلام في ذلك في أواخر الفصل الثالث عند شرح قوله وليس للراهن
 فسخ الوكالة ومعنى قولهم أن ليس للراهن فسخ الوكالة أنه ليس له أن يوكل غيره أو يتولاه بنفسه إذ
 من المعلوم أن له أن يفسخ الوكالة ويدفع الحق من غير الرهن وكذلك الحال في المرتهن فعنى قولهم
 أن ليس له عزله أنه ليس له ذلك وتولى البيع بنفسه أو غيره وليس معناه أنه ليس له أن يبرئ الراهن
 ويفسخ الوكالة كما هو ظاهر **قوله** (لكن ليس له البيع إلا بأذنه) معناه أن المرتهن عزله
 عن البيع كما عبر عن ذلك بذلك في (التذكرة والتحرير والدروس) فكأنه قال ليس له عزله عن الوكالة
 وله عزله عن البيع لأن البيع إنما يستحق بمطالبة فإذا لم يطالب ومنع منه لم يجز كما ذكر ذلك كله في
 التذكرة وقال في (الدروس) للمرتهن عزله عن البيع لأن البيع لحقه ولهذا يقتصر إلى أذنه عند حلول
 الأجل انتهى وبهذا التوجيه يتدفع التكرار والمساخة عن قوله ولو لم يزل إلى آخره والوجه في عدم
 جواز البيع عند الحلول وعدمه إلا بأذنه ما ذكره من تعلق حقه بالعين فلا يسوغ التصرف فيها على
 وجه يفضي إلى إبطال التوثيق ولأن البيع لحقه فيتوقف على أذنه ليعلم أنه مطالب أو مهمل أو مبرئ
 وسيأتي ما فيه وتظهر الفائدة في أنه وكيل الراهن وأن ليس للمرتهن عزله بل له منه لحقه فيما لو وكله
 الراهن في البيع ولم يقبده بكونه لا داء دين الرهن ثم حصل الافتكاك فإن الوكالة تبقى **قوله**
 (ولو لم يزل لم يبيع عند الحلول إلا بتجديد اذن المرتهن) كما في (المبسوط والخلاف وجامع الشرائع
 والتذكرة والتحرير والدروس) وفي (جامع المقاصد) ذكر ذلك الشيخ وتبعه الجماعة وقد سمعت أنه
 نسب آقا إلى صريح الأصحاب والمصريح به من عرفت ولا يخفى أن ما ذكره من التعليل بأن البيع
 لحقه ضعيف فإن الفرض توفيق حقه ثم أن كونه لحقه لا يستلزم تجديد الأذن استصحابا لما كان كما في
 الراهن والفرق غير ظاهر قولكم لا بد من مراجعة المرتهن ليعلم أنه مطالب أو مهمل أو مبرئ جار مثله
 في الرهن بأن يقال لا بد من مراجعته لأنه قد يكون له غرض في بقاء الرهن ويريد قضاء الحق من
 غيره وإبقاء الرهن لنفسه (فإن قلت) أذنه السابقة قضت عدم ذلك فلا يحتاج إلى تجديد اذن عملا
 بالاستصحاب (قلنا) ذلك يجري في المرتهن كما أشرنا إليه أولا نعم يمكن الفرق بأنه لو اعتبر اذن الراهن
 لأدى إلى أنه لا يباع الرهن أصلا امتنع من الأذن أبدا ولعل هذا هو الأصل في الباب وبما سمعته
 آقا يظهر لك أن لا تكرر ولا مساخة في قوله ولو لم يزل إلى آخره وقال في (جامع المقاصد) في اسناد
 النفي اليها توسع بين فإن المرتهن ليس له عزله كما علم عن قريب انتهى **قوله** (ولو لم يفتقر
 إلى تجديد اذن الراهن) كما صرح به في (المبسوط والخلاف والتحرير والدروس) واقصر في التذكرة
 على نسبته إلى الشيخ وقد عرفت الوجه فيه آقا **قوله** (ولو أئلف الرهن أجنبي فعليه القيمة
 تكون رهنا في يد العدل) كما صرح به في (المبسوط والجامع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد) لأن

وله المطالبة بها وهل له بيعها بالاذن في بيع الاصل الاقرب المنع (السابع) لو عينا ثمتا لم يجز له التعدي فان اختلفا لم يلتفت اليهما اذ للراهن حق ملكية الثمن والمرتهن حق الوثيقة فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد وافق الحق أو قول أحدهما أولا فان تعدد فبالاغلب فان تساويا فبمساوي الحق (متن)

القيمة بدل العين وقائمة مقامها في الرهن هذا الذي ذكره في الرهن المشروط وضعه على يد عدل والا فقد نص في الغنية والسرائر والشرائع والارشاد والمسالك وجمع البرهان والكفاية وغيرها انه لو ألتف الرهن متلف ألزم قيمته تكون رهنا من دون قيد بكونه مشروطا وضعه على يد عدل وفي (المسالك) انه لا فرق في المتلف بين كونه الراهن أم المرتهن أم الاجنبي وحاصله أن اتلاف الرهن متى كان على وجه يوجب عوضه مثلا أو قيمة كان العوض رهنا **قوله** **﴿** وله المطالبة بها وهل له بيعها بالاذن في بيع الاصل الاقرب المنع **﴾** اما أن له المطالبة بها فلاه أمين في حفظها وذلك حق له وسلطنة وأما انه يمنع من بيعها بالاذن في بيع العين وأنه لا بد من تجديدها فهو خيرة المبسوط والتذكرة والتحرير والابضاح وجامع المقاصد وبمثل ذلك صرح في الشرائع والدروس والمسالك والكفاية في غير المقام قال في (الشرائع) لو ألتف الرهن متلف ألزم قيمته وتكون رهنا ولو ألتف المرتهن لكن لو كان وكيلًا في الاصل لم يكن وكيلًا في القيمة لان المقد لم يتناولها ومثله قال غيره ومنه **قوله** أن المقد لم يتناولها ان الوكالة في البيع إنما كانت في العين وقد ذهبت ولم تتعلق بالقيمة ولا دليل على تعلقها بها وهذا وجه القرب في كلام المصنف ووجه المدم أنه محتمل أن لذلك كما ثبت له الاستئمان في القيمة كما كان في الاصل فلا فرق بين الرهن والوكالة مع اشتراكهما في التعلق ابتداء بالعين (وبه) أن الفرض من الرهن الاستيثاق بالعين ليستوفي الحق من قيمتها فالقيمة لا تخرج عن غرض الرهن والاستئمان محض قمع اذ هو حفظ العين وصيانتها فلا يحتاج الى مزيد احتياط بخلاف الوكالة فانها منوطة بما عينه المالك والاعراض تختلف كثيرا في حفظ الاموال وبيعها باختلاف الاشخاص فر بما استأمنه على متاعه ولا يستأمنه على قيمته ور بما كان عارفا ببيع متاع بحيث لا يبين فيه وليس عارفا ببيع غيره والحاصل أن البيع بمرض حصول الضرر فلا يكتفى فيه بالسبب الضعيف **قوله** **﴿** لو عينا ثمتا لم يجز له التعدي **﴾** عن القدر والجنس كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير) لان الحق لها لاشي للعدل هذا في جانب النقيصة كما أشار اليه في التذكرة ويأتي في الوكالة بلطف الله وبركة آل الله صلوات الله عليهم أجمعين أنه يجوز البيع بزيادة عما قل الموكل لكن ذلك حيث لا يمنع من الزيادة ولقد تكرر هذا الحكم في كلامه لأنه سيأتي له في التاسع لو عينا له قدرا لم يجز بيعه بأقل والأمر سهل **قوله** **﴿** فان اختلفا لم يلتفت اليهما اذ للراهن ملكية الثمن والمرتهن حق الوثيقة فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد **﴾** كما في (المبسوط والتذكرة) وكذا التحرير والدروس لانها قيل فيها بيع بنقد البلد لان الحظ في البيع يكون بنقد البلد ومعنى اختلافهما ان يقول احدهما بيع بنارهم ويقول الآخر بدنانير وأنها لا بد لها من بيعه **قوله** **﴿** وافق الحق أو قول احدهما أولا **﴾** اي سواء وافق نقد البلد الدين ام لا وسواء وافق قول احدهما ام لا كما نص عليه في التذكرة والتحرير والدروس وهو قضيته كلام المبسوط **قوله** **﴿** فان تعدد فبالاغلب فان تساويا فبمساوي الحق **﴾** يعني اذا تعدد نقد البلد حيث

وان بائنهما عين له الحاكم ولو باعه نسيئة لم يصح الا باذن (الثامن) كل موضع يحكم فيه بطلان البيع يجب رد المبيع فان تلف تخير المرتهن في الرجوع على من شاء من العدل والمشتري بالاقل من الدين والقيمة لانه يقبض قيمة الرهن مستوفيا لحقه لارهننا فان فضل من القيمة عن الدين فللراهن الرجوع به على من شاء من العدل والمشتري ولو استوفى المرتهن من الراهن دينه رجع الراهن بالقيمة على من شاء ومتى ضمن العدل رجع به على المشتري ولا رجع المشتري عليه لو ضمن (التاسع) لو عيناه قدرا لم يجزيه باقل ولو أطلقا باع ضمن المثل (متن)

عينه الحاكم بيع بالاكثر استملا وما ذكره المصنف خيرة الدروس وفي (المبسوط والتحرير) ان تعدد فبالا غلب فان تساويا فبأوفرهما حظا فان تساوى فبمساوى الحق وفي (التذكرة) فان تعدد باع بأعلاهما فان كانا متساويين باع بأوفرهما حظا فان تساويا باع بجنس الحق قوله ﴿فان بائنهما عين له الحاكم﴾ اي ان باين الحق التقدين وفي (المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس) انه ان بائنهما يباع بما هو اسهل صرفا الى جنس الحق فان تساويا عين له الحاكم بما يراه صلاحا قوله ﴿ولو باعه نسيئة لم يصح الا بالاذن﴾ فان اجاز صح والابطل قوله ﴿كل موضع يحكم فيه بطلان البيع يجب رد المبيع﴾ كما اذا باع نسيئة او بغير قدالبلدا وبما لا يتغابن به والحكم مما لا ريب فيه قوله ﴿فان تلف تخير المرتهن في الرجوع على من شاء من العدل والمشتري﴾ ذكر في (المبسوط والتذكرة والتحرير) في المسئلة أن الراهن يخير فيما ذكر ولم يتعرض في الثلاثة للمرتهن ولعل ما في الكتاب أولى لانه قد تقدم ان ليس للراهن والمرتهن أن يطلب الرهن من العدل الا مع اتفاقهما وان العدل لو سلم الى أحدهما من دون إذن الآخر كان ضامنا لكن المرتهن لما كان يقبض قيمته في منها حقه لا على سبيل الارتهان لان الفرض ان البيع لوفاء دينه والغالب فيه ان يكون بعد المألوم صح له مطالبة من شاء ولا كذلك الراهن والوجه في ضمان العدل مع انه امين انه غير مأذون في البيع الفاسد لعدم تناول الوكالة له بل انما تناول العقد الصحيح والتسليم به قوله ﴿بالاقل من الدين والقيمة لانه يقبض الرهن مستوفيا لحقه﴾ الجار متعلق بالرجوع وقد عرفت الوجه فيما ذكرنا من وقد حكم بجواز رجوعه على العدل بجميع القيمة اذا كانت مساوية للدين أو أقل اذا اختار الرجوع عليه اي على العدل مع انه محتمل فيما اذا باع بدون ثمن المثل مما لا يتغابن بمثله فعين الرجوع على العدل بما قص من (عن خل) ثمن المثل كذلك لان ذلك هو القدر الذي فرط فيه فيرجع على المشتري بالباقي ولعله انما اختار ذلك لانه اخرج من يده على وجه لم يجزه فضمن جميع القيمة كما لو اتلف قوله ﴿فان فضل من القيمة عن الدين فللراهن الرجوع على من شاء من العدل والمشتري ومتى ضمن العدل رجع به على المشتري ولا يرجع المشتري عليه لو ضمن﴾ لان تلف المبيع لما كان بيد المشتري كان قرار الضمان عليه ويجب ان يقرأ ضمن في الموضعين مشددا مبني للمفعول (المجهول خل) قوله ﴿لو عيناه قدرا لم يجزيه﴾ قد تقدم الكلام فيه قوله ﴿ولو أطلقا باع ضمن المثل﴾ أي حالا بنقد البلد كما في (المبسوط والخلاف وجامع الشرائع والتحرير والتذكرة)

أو بزيادة خاصة ولو باع بأقل مما لا يتعابن الناس به بطل البيع وضمن ولو كان مما يتعابن به صح ولا ضمان (العاشر) لو تلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان والا قرب انه من ضمان الراهن لانه وكيله ويحتمل المرتهن لان البيع لأجله ويقبل قوله مع اليقين لو ادعى التلف ولو ادعى قبضه من المشتري وخالفه احتمل المساواة لانه أمين فيراً يمينه دون المشتري وتقديم قولهما لانهما منكران (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ أو بزيادة خاصة ﴾ خلافاً لابي حنيفة فانه جوز أن يبيعه ولو بدرهم واحد لا إطلاق (وفيه) انه محمول على المعتاد المتعارف بين الناس وهو هنا مقيد بما قاله اصحابنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باع بأقل مما لا يتعابن الناس به بطل وضمن ﴾ كما في المبسوط والتذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان مما يتعابن به صح ولا ضمان ﴾ كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير) لان هذا القدر لا يمكن الاحتراز عنه وهو يقع لاهل الخبرة والبصيرة والمرجع في ذلك الى اهل الخبرة لكن ذلك ان لم يدفع اليه زيادة قبل تمام العقد والا فلا يصح وهل يجري هذا المجرى ما اذا دفعت له في زمن الخيار فالشيخ في المبسوط على انه يجوز له قبول الزيادة وفسخ العقد فان لم يقبل لم يفسخ العقد لانه قد صح وهذه الزيادة مضمونة فلا يفسخ العقد وفي (التحرير) لو كان في مدة الخيار فالوجه عدم الفسخ (قلت) ويحتمل تعيين الفسخ لانه مأمور بالاحتياط وحالة الخيار كحالة العقد وقال المصنف في باب الوكالة في وجوب الفسخ اشكال فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو تلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان ﴾ اجماعاً كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا قرب انه من ضمان الراهن لانه وكيله ﴾ كما في الخلاف والتحرير والتذكرة لانه وكيله في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه فاذا تلف كان من ضمانه كسائر الامناء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتمل المرتهن لان البيع لأجله ﴾ أي ويحتمل كونه من ضمان المرتهن كما هو خيرة مالك وابي حنيفة واستند مالك الى ان البيع حق للمرتهن فهو بايع لحقه فالثمن يكون للمرتهن ويبرأ الراهن واما ابو حنيفة فبناء على اصله من ان الرهن مضمون على المرتهن والثمن بدله فيكون مضموناً ولم يوافقهم احد منا فيما وجد ويرد على مالك ان حق المرتهن انما تعلق باستيفاء الثمن ولا يلزم من كونه وكيله في حفظ الرهن ان يكون وكيله في حفظ الثمن وانه روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرهن من راعه ومعناه من ضمان راعه وانه قال صلى الله عليه واله وسلم الذي رهنته له غنمه وعليه غرمه يميني ضمانه وقد ثبت الدين في ذمة الراهن ولا دلائل على براءة ذمته بهلاك ثمن الرهن واصل ابي حنيفة فاسد فطانتك فيما بناء عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقبل قوله مع اليقين لو ادعى التلف ﴾ ولا يكلف اقامة البينة كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير) لانا ان كلفناه البينة شق وربما ادى الى ان لا يدخل الناس في الامانات وفي ذلك اضرار كثيرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى قبضه من المشتري وخالفه احتمل المساواة لانه أمين فيراً يمينه دون المشتري ويحتمل تقديم قولهما لانهما منكران ﴾ اطال المحقق الثاني في بيان المسئلة وتوجيه العبارة ومناقشتها قل اي لو ادعى قبض الثمن من المشتري وتلفه بنير تفريط وان لم يذكر في العبارة لان ما قبله يدل على ارادته وخالفه أي الراهن والمرتهن احتمل المساواة للمسئلة السابقة في قبول قوله مع يمينه نظراً الى كونه اميناً فلا يختلف الحال في دعوى التلف بين كون القبض معلوماً اولاً واذا برأ العذل يمينه لما قلناه لم يلزم براءة

المشتري من الدعوى لان يمين العدل انما هي لدفع الغرم عن نفسه بمقتضى اقراره بالقبض لا لدفع
الدعوى عن المشتري ولا يلزم من اقراره بالقبض محققه لا ممكن كونه كاذبا فبقى الدعوى على
المشتري بحالها ولان يمين شخص عن الدعوى المتعلقة به لا تسقط الدعوى عن غيره ويحتمل تقديم
قولها اي الراهن والمرتهن لانهما منكران وفي هذا الاحتمال مناقشة لان تقديم قولها ان كان بالنسبة
الى تضييع العدل فليس بظاهر لان العدل امين وقوله في التلف مصدق واما قوله بالقبض فان كان
مصدقا فلا بحث في تصديقه في التلف يمينه وأن لم يكن مصدقا فلا حاجة الى يمينه للتلف واليمين
منحصر في جانبها مع عدم اليقينة فيكون الغرم على المشتري هذا بالنسبة الى العدل واما بالنسبة الى
المشتري فقد ذكر على تقدير تصديق العدل في ذلك يمينه لا يبرأ بذلك ولا يصدق باليمين فالحال
بالنسبة اليه منحصر في عدم قبول قوله يمينه واما المصدق باليمين قولها فلا معنى لهذا الاحتمال
ويحتمل ان يكون الاحتمال الاول منزلا على ان تصديق العدل في دعوى القبض والتلف يمينه موجبا
لبرائته وبرائة المشتري لاستلزامه ذلك بخلاف المشتري لو ادعى ذلك فانه لا يصدق باليمين الا ان
هذا مستبعد من وجهين (الاول) بعده عن العبارة (والثاني) ان الحكم بحسب الواقع لا يطابق
ذلك لان افراد العدل بالقبض لا يوجب القطع بوقوعه لتدفع الدعوى عن المشتري وربما حصلت
الهمة عند الراهن والمرتهن في صدق العدل والمشتري في وقوع القبض فلا نسفط الدعوى عنه وايضا
فان يمين العدل انما هي لحصول التلف لان القبض يكفي فيه اقراره فلا يحتاج الى اليمين لاجله بالنسبة
اليه لانه بدون اقراره بالقبض لا يتوجه عليه طلب الثمن ليدفعه عن نفسه بدعوى التلف واليمين عليه
فلا وجه حينئذ للتردد في قبول قوله في ذلك يمينه والاثبات بالحكم احتمالا وبالجملة فالعبارة لا تخلو من
شيء انتهى كلامه فقد تضمن كلامه تقدير التلف وانه حصل في يد العدل وظاهر كلامه اولا وصرح به
اخيرا حيث قال ان القبض يكفي فيه اقراره الى آخره ولا اقل من الظهور ان القبض مسلم عند الراهن
والمرتهن وفي ذلك ما ستعرفه من الفساد والخروج عن الظاهر والتشديد في حواشيه حمل العبارة على
ما اذا كان سلمه المبيع قبل قبض الثمن من دون اذنها قال قال عميد الدين هذا هو المقصود من
كلام المصنف لان الدعوى على المشتري وعلى الوكيل انتهى كلامهما ولعلها اراد ان العدل لو باع ولم
يدفع الثمن اليها لانه امانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمه بتأخيرها الا مع الطلب او
عافه عن ذلك كما اذا كانا في بلد اخرى ثم اتفق انهما شاهداه والمشتري في مكان كان الثمن شفونطا
في غيره فقالا له نعمت وسلمت ولم تقبض الثمن والا لدفعته او ارسلته اليك فذه من المشتري وادفعه
لنا فقال قبضته وجملته في حرز في البيت او المكان العلاني فيحتمل تقديم قولها مع بينهما عملا بالاصل
وظاهر الحال وان لم يكن بتلك المكانة من الظهور ولا سيما اذا كانت وكالة العدل بمجمل فيجب عليه
دفع الثمن اليها ويحتمل تقديم قوله مع يمينه كما لو ادعى التلف مع العلم بالقبض لانه امين فيبرأ من
وحوب الحصول والدفع فقد ظهر في هذا الفرض ان القبض لا يكفي فيه اقراره ولا حاجة الى تيقنه
التلف والسبب العميد والتشديد ادرى بمراد المصنف لانه منه اخذ وعليه تلمذ (تلمذ خ ل) وأن
ايت الا تقدير التلف وأن القبض يكفي فيه اقراره قلنا انا ندعي ان معنى العبارة ان العدل
لو ادعى قبض الثمن وابقائه عنده امانة لانه وكيل في حفظه وقد اعتقد أن ابقائه عنده
أحفظ حتى تلف وأنكر الراهن والمرتهن ذلك وقال لم يقبضه فيحتمل تقديم قولها عملا بالاصل

(الحادي عشر) لو خرج الرهن مستحقا فالعبرة على الراهن لا العدل ان علم المشتري بوكالته فان علم بعد تلف الثمن في يده رجع على الراهن ولو علم بعد دفع الثمن الى المرتين رجع المشتري عليه لاعلى العدل (متن)

والظاهر كما هو ظاهر ويحصل تقديم قوله لانه أمين كما لو تحقق قبضه وادعى التلف في يده فيرا بينه وتبقى الدعوى على المشتري بحالها فيقدم قولها على قوله ولا يلزم من براءة العدل براءته على هذا الفرض لكنه لا معنى حينئذ لاختلافه على عدم القبض الا ليطالب لها المشتري حيث لا يعلم انه لها وعلى ما فهمه المحقق المذكور من أن العدل ادعى التلف في يده فربما يتجه القول براءة المشتري أيضا بل ربما يقال انه لا يتجه لها عليه دعوى اذ ظاهره أنه فهم انها اما خالها في دعوى التلف أي أنكرا التلّف مصدقين بالقبض كما أشرنا اليه آتيا فلا مجال لاحتمال توجه دعواها على المشتري اذ لأهل ولا ظاهر يؤيد دعواها كما كان في فرضنا وفي (الابيضاح) أن احتمال المساواة هو الحق وقل في الحواشي المنسوبة الى الشهيد عن المصنف أنه قال عدم قبول قول الوكيل مطلقا لا بإيئة ولا صاحب قالوا كذلك ان كان مجمل والاقبل والاقرب تقديم قولها انتهى ~~حفظ~~ قوله ~~في~~ لو خرج الرهن مستحقا فالعبرة على الراهن لا على العدل ان علم المشتري بوكالته فان علم بعد تلف الثمن في يده رجع على الراهن ولو علم بعد دفع الثمن الى المرتين رجع المشتري عليه لاعلى العدل ~~في~~ اذ خرج الرهن مستحقا ~~في~~ سد دفع المشتري الثمن فاما أن يكون الثمن باقيا في يد العدل أو تالما أو يد الراهن والمرتين كذلك (١) وعلى الحالات الست اما أن يكون علم بوكالته حالة المدة أو حالة القبض أو حالة التلف أو الرجوع أو لم يعلم أصلا فالصور عديدة (والضابط) أنه إذا كان عين ماله بقيا رجع على من هو في يده عدلا كان أو غيره علم بالوكالة أو لم يعلم فاطلاق المصنف يكون العبرة على الراهن غير جيد لأن تقول ان المراد في صورة التلف ولا بد منه معنى العبرة (قال) الشهيد في باب الصمان في حواشي الكتاب العبرة اسم للونقه ثم قل الى الثمن انتهى ولكن العادة تتم حينئذ على تطويل ونكار بلائده كما ستعرف والمسألة في المبسوط والخلاف المذكورة مفروضة في صورة التلف وفي (التحرير) وغيره ليس الا الاطلاق وأما اذا تلف في يد العدل فان كان علم بوكالته حالة العقد أو حالة القبض أو حالة التلف فالعبرة على الراهن كما هو ظاهر اطلاق المصنف وتفيد العبارة بحالة العقد كما صنع المحقق الثاني لعله لم يصب محزه وكذلك لحل ما اذا تلف في يد الراهن ويأتي بيان الحال او تلف في يد المرتين وان لم يعلم أصلا كان له الرجوع على العدل بقيت عين الثمن أو تلفت وأما قوله فان علم فقد ضبطه المحقق المذكور بالبناء للمجهول ولعنى فان علم الاستحقاق واستند في ذلك الى توهم احتمال عود الضمير الى المشتري فيفسد المعنى لأن العلم المؤثر من مشتري يكون العدل وكلاهما هو حالة البيع لا بعده وأنت خبر بأنه لا حاجة الى ذلك بل هو بالبناء للمعامل على الاصل فيكون التقدير فان علم المشتري بالاستحقاق واما احتمال عوده أي الضمير الى المشتري وان المفعول هو قوله بوكالته حتى يصير التقدير وان علم المشتري بوكالته بعد التلف كما تحي عنه المحقق المذكور فدفع بقوله بعد ان علم المشتري بوكالته من غير قيد

ولو رده بسبب رجوع على الراهن خاصة لان العدل وكيل والمرتهن قبض بحق (متن)

بحالة العقد وغيرها والمحقق المشار اليه لما قيده بحالة العقد التزم بما التزم على أن قوله أن العلم المؤثر من المشتري إلى آخره غير سديد لما عرفت وستعرف من أنه لا فرق بين علمه حال البيع وغيره ثم أن قول المصنف فإن علم إلى قوله ولو علم سواء قلنا أن الضمير المضاف إليه في يده راجع إلى الراهن أو العدل مستغنى عنه بقوله فالعدة على الراهن لأن معناه سواء تلف في يده أو في يد العدل إذ المفروض أنه تلف كما تقدم وإن قلت أراد الإيضاح (قلنا) كان له أن يقول فالعدة على الراهن سواء تلف الثمن في يده أو يد العدل أن علم بوكالته ويستغنى عن ذلك كله مع كمال الإيضاح والأمر سهل لانه في عبارة (وكيف كان) والذي صرح فيه بأن العدة على الراهن لا العدل فيما إذا خرج لرهن مستحقا أن علم المشتري بوكالة العدل المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد ونحو ذلك ما في جامع الشرائع والدروس والمسالك وفي (الدروس) إلا أن يعلم العدل بالاستحقاق وهو في محله وفي الثلاثة الأول وكذا كل وكيل أع مال غيره قال في (المبسوط) فإن المشتري يرجع على الموكل ولا يرجع على الوكيل وليس عليه ضمان والمخالف الشيخ في الخلاف فإنه قال يرجع على الوكيل والوكيل يرجع على الموكل الراهن وبه قال أبو حنيفة وجماعة منهم فرضوا ذلك في صورة تلف الثمن وآخرون أطلقوا وظاهروهم بقاؤه كما عرفته آخرون والوجه فيما ذكر في المبسوط وغيره أنه لم يبايعه إلا على أنه نائب عن الغير فكان العقد في الحقيقة عن الراهن وقباض الثمن له والعدل ليس له في القبض اعتبار ولا يرد أن تصمينه فيما لو ظهر البيع فاسدا وتلف المبيع في يد المشتري يقتضي التضمن هنا لا نأقول أنه هناك متعمد بالتسليم إذ ليس مأذونا فيه وليست يده نيابة عن الغير وهنا لا عدوان منه لأن يده نيابة وتداه باذن المشتري لما لك المبيع (البيع حل) وإن كان المشتري أيا سلم الثمن ظاهرا منه أن البيع صحيح لأن هذا الظن لا يخل بكون التسليم بالأذن في الجملة ولا بكون التسليم إنما هو للراهن في الحقيقة والوكيل وسيط فهو بمنزلة الناقل وقد التزم وسله إلى البائع ومما صرح فيه بأنه يرجع على المرتهن أو علم لمشتري بالاستحقاق مد دفع الثمن إلى المرتهن الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان به قصص مالا سنده لكونه باقيا على ملك المشتري لفساد البيع وأما عدم الرجوع على العدل ضد طر وجهه فيما سبق وليس رجوع المشتري على المرتهن مقصورا عليه بالنسبة إلى الراهن بل له الرجوع على الراهن أي سواء تلف الثمن في يد المرتهن أم لا فانصرف اللفظ إلى العدل كما صرح به المصنف ها وأشار إليه في التذكرة حيث قال إن للمشتري أن يرجع على الراهن ~~سواء تلف الثمن~~ ولو رده بسبب رجوع على الراهن خاصة لان العدل وكيل والمرتهن قبض بحق قد صرح برجوعه على الراهن دون المرتهن في (الشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمسالك وجمع البرهان) وكذلك الحال في ارتش المعص لولم يمسح كما في الأخير والفرق بين العيب والاستحقاق أن العيب لا يبطل البيع وإنما يبطل بفسخ المشتري من حين الفسخ وهو مسبوق قبض المرتهن الثمن وتعلق حق الوثيقة به سواء كان قد أخذه من دينه أم أبقاه وثيقة بل تعلق الوثيقة به في الحقيقة حصل بمجرد البيع لأنه وقت نقل الثمن إلى الراهن فلا يبطله الفسخ الطاريء من المشتري بل يرجع المشتري على الراهن بموضع الثمن بخلاف ظهور استحقاق الرهن فإنه يبطل البيع من أصله فلا يدخل الثمن في ملك البائع ولا يصح قبض المرتهن له

ولو لم يعلم المشتري بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل ويرجع العدل على الراهن ان اعترف بالعيب أو قامت به بينة فإن أنكر فالقول قول العدل مع يمينه فإن نكل فحلف المشتري رجع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن لا اعترافه بالظلم (متن)

﴿ قوله ﴾ ولو لم يعلم المشتري بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل فيرجع العدل على الراهن ان اعترف بالعيب ﴾ كافي (التذكرة والتحرير) لكنه في التحرير لم يقيد عدم العلم بحالة البيع كالكتاب والتذكرة وليس هو في الحقيقة قيدا بل جريا على الغالب كما عرفت آنفا ولا لماركه في الكتابين فيما سبق أعني فرض العلم ولقد ترك هذا القيد في التحرير في الموضعين أي عند فرض العلم وعدمه ولو كان قيدا لاقضى أنه لو لم يعلم حالة البيع لكن علم حالة الاقباض للثن بكونه وكبلا استحق الرجوع عليه وفيه نظر ظاهر لان الاقباض له لم يكن لنفسه فيكون مضوتا بل للموكل وهو الراهن فيكون اعتبار يده بالنسبة اليه ساقطا وهذا هو الذي أنشأنا اليه آنفا في الرد على المحقق الثاني وقلنا هناك ان التقيد غير سديد وفي (جامع المقاصد) انه في التذكرة أطلق ولم يقيد بحالة البيع قال فإن كان العدل قد علم (أعلم خ ل) أنه وكيل الراهن فإن المهددة على الراهن وفي هذا الاطلاق أيضا شيء انتهى ما في جامع المقاصد وأنت قد عرفت أنه في التذكرة فرض المسئلة المشار اليها في صورة تلف الثمن فعلى هذا ليس في هذا الاطلاق شيء أصلا ثم ان هذا الاطلاق انما كان فيما سلف وهو صورة فرض العلم قد كره في هذا المقام كما لم يصادف محره والنافع له بيان حال كلام التذكرة في هذا المقام وأنت قد عرفت أنه قيد فيها في المقام قل في (التذكرة) وان كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري انه وكيل كان للمشتري الرجوع عليه ثم ان ظاهر الكتاب والتحرير والتذكرة أو صريحها ان هذا من اقسام مسئلة العيب لا ارتباط تمام كلامه بالعيب واختصاصه به كما هو ظاهر لكل ناظر فلا رطاله مسئلة الاستحقاق حتى قيد اطلاقه اولا بحالة البيع لمكان ذكره هنا وعلى تقدير عوده الى الاول ومخالفة الظاهر أو الى كل من المستثنين لان كان الحكم فيهما في ذلك واحدا فقد عرفت أن القيد لا يجار على الغالب والصير في اعتراف رجع الى العدل في عبارة الكتاب والتذكرة ليكون قوله فيها فان أنكر فيما يأتي معادلاله ويحصل أن يعود الى الراهن كما هو متعين في عبارة التحرير لانه قال ورجع هم على الراهن ان قرولو أنكر فإن لم يكن مع العدل بينة حلف الراهن انتهى ويكون قول المصنف سند فان أنكر منفصلا عن هذا (اذا تقر بذلك) فقد الى الحكم والوجه فيه انه عدم علم المشتري بوكالة العدل يقتضي كون المعاوضة باعتداده حارة بينهما وان الثمن المدعوع اليه مذكور به فانه مضوتا عليه بمقتضى ذلك لاعتقاد وكذا كل وكيل اع مال سيده ولم يعلم المشتري ويحيى في شرائه لغيره مثل ذلك ﴿ قوله ﴾ (اوقامت به بينة) هذا ذكره في التذكرة وأهمله في التحرير وكان الاولى ذكره ﴿ قوله ﴾ (فان أنكر فالقول قول العدل مع يمينه فإن نكل فحلف المشتري رجع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن لا اعترافه بالظلم) كما ذكر ذلك كله في التذكرة والظاهر أن الصير في أنكر راجع الى العدل كما عرفت آنفا ولا يميز عوده الى الراهن فانه لا يني لكون القول قول العدل يمينه حينئذ وليس صحيحا والمعنى على الاول فان أنكر العدل العيب الذي ادعاه مستري والحال انه

(الثاني عشر) لو تلف العبد في يد المشتري ثم بان مستحقا قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الناصب والعدل والمرتهن القابض والمشتري ويستقر الضمان على المشتري للتلف في يده ولو لم يعلم بالناصب استقر الضمان على الناصب (متن)

لم يعلم بوكالته ولم يعم به بيعة فالقول قوله يمينته كما هو ظاهر فإن نكل العدل عن اليمين وقد أنكر العيب فحلف المشتري برد اليمين عليه رجع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن لأنه أنكر العيب وذلك يقتضي بطلان دعوى المشتري وكونه ظالما فلا تسوغ له المطالبة بما أقر بكون المطالبة به ظلما ومن ثم لا تسمع دعواه ولا يمينته ولو أظهر نأويا كان قال أنكرت جريا على الظاهر من أن الأصل الصحة لم يبعد استحقاق المطالبة على تقدير الإثبات وقد سبق مثله في بيع المصوب في أول كتاب التجارة ويبقى الكلام فيما إذا اعترف العدل باليب وأنكر الراهن والظاهر تقديم قول الراهن مع يمينته كما جزم به في التحرير كما سمعته آقا **ح** قوله **﴿ لو تلف العبد في يد المشتري ثم بان مستحقا قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الناصب والعدل والمرتهن القابض والمشتري ويستقر الضمان على المشتري للتلف في يده ولو لم يعلم بالناصب استقر الضمان على الناصب ﴾** ذكر العبد في فرص المسئلة على طريق التمثيل إذ لا خصصة للعبد وإذا تام الرهن في يد المشتري ثم ظهر مستحقا فلا يخلو إما أن يكون قبل أداء الثمن أو بعده وعليهما فإما أن يكون المشتري عالما أو جاهلا فان ظهر مع العلم المشتري استقر الضمان عليه للمالك مساواته لغيره في العلم واقراده بالتلف في يده ومنه يظهر حال المسئلة الثانية إذ لا فرق في صورة العلم في استقرار الضمان على المشتري بين ظهور الاستحقاق قبل أداء الثمن أو بعده بالنسبة إلى المالك أو المشتري فالعلم (أدخل) لوجه يده لثبته به وهل له الرجوع بالثمن على من دفعه إليه احتمالات وأقوال الرجوع وعنده والتوصل بالبقاء وعنده كما بينا ذلك كله في أو ثل باب البيع وإن كان جاهلا وقد أدى فانه يرجع بالثمن وزيادة القيمة عنه على الأقوى لدخوله على أن يكون له مجانا أما ما قبل الثمن من الزمة فلا يرجع به وربما قيل أنه لا يرجع الزائد لدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه كما هو شأن البيع الصحيح والعماسد وهو محل نظر هذا إذا كانت الزيادة على الثمن موحودة حالة البيع كما تقدم ، إن ذلك كله في باب المكاسب ويستقر الضمان أي ضمان ما زاد عن القيمة على الناصب على ١٧ ، ١٧ ق في هذا من كون الظهور قبل الأداء وبعدة بالنسبة إلى المالك والمشتري والناصب فلا لا يبيد في هذه الصورة أيضا هذا بناء على ما اقتضته قواعدهم ونطق به صريح كلامهم في مقامات آخر وظاهر كلام المصنف في المقام وصريح (جامع المقاصد) أن الناصب يضمن الثمن وما زاد عن القيمة وما قابل الثمن من القيمة فيكون معنى العبارة أنه يستقر الضمان حينئذ أي حين جهل المشتري على الناصب إذا كان العدل والمرتهن القابض جاهلين أيضا لأن المشتري مغرور ولا فرق في العاص بين الراهن والاجنبي إذا كان الراهن جاهلا وإن كان عالما فخير المالك بين تضمينه وتضمين الغاصب الاجنبي كما لو كان الكل عالين ماعدى المشتري (والحاصل) أنه يتعين الضمان على العالم المغرور واحدا كان أو متعددا لأن الضرر سبب الاتلاف فكان المغرور كالتلف فإن استند التفرير إلى الكل فأيها ضمنه المالك ضمن ولا يرجع على الآخر (ومنه) ما لو باعه واحد وسله الآخر وإن استند التفرير إلى واحد ضمن هو خاصة فعلى هذا يتعين الضمان على العدل لأنه هو البائع فكان هو المغرور هذا إن

(الثالث عشر) لو ادعى المدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن لانه وكيله على اشكال ولا يقبل قوله في حق المرتهن لانه وكيله في الحفظ خاصة فلا يقبل قوله في غيره كما لو وكل رجلا في قضاء دين قاضي تسليمه الى صاحب الدين (متن)

جعلنا العلة هي التحرير كالباع أو التسليم وان أنطقا الحكم بمجرد العلم بخير المسالك في تضمين من شاء من علم سواء كان هو البائع أو غيره ولا يرجع على غيره فليحفظ ذلك هذا كله في استقرار الضمان على ما يظهر من العبارة وهل للمالك الرجوع على احوال من هو لاء مع علمه بجهله أو يتعين عليه الرجوع على العالم منهم أو الفاسد ظاهر المصنف هنا وغيره في غير موضع الاول وهو كذلك بل هو صريح المبرور وغيره في باب التجارة وما ذكره يعلم حال الصورة الرابعة وهو ما اذا كان ظهور الاستحقاق قبل أداء الثمن اذ لا فرق في ذلك بالنسبة الى المالك فانه مخير في الرجوع على من شاء ويستقر الضمان على المشتري لا فراهه بالتلف في يده فاذا رجع عليه لا يرجع هو على أحد الا بزيادة القيمة على الاقوى واذا رجع على أحدهم رجع هو على المشتري بالثمن لا بما زاد وقد عرفت ان ظاهر كلام المصنف خلاف ذلك وتفتيح المسئلة بما لا مزيد عليه في باب المكاسب عند شرح قوله ولو وجد عنده سرقة ضمنها واعتبر المصنف في المرتهن أن يكون قابضا لانه اذا لم يفيض لم يكن له يد على المنصوب وليس من لوازم الرهن قبضه اما بناء على كون القبض ليس شرطا فظاهر وأما على الآخر فلا يمكن التوكيل فيه - قوله - ﴿ لو ادعى المدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن لانه وكيله على اشكال ﴾ القول أصح كما في الايضاح وأقوى كما في الحواشي وفي (جامع المقاصد) ان الوكيل اذا ادعى الرد كان القول قوله بيمينه اذا لم تكن الوكالة بجعل على هذا تكون انتهى هناك (دخول) كذلك انتهى ومنشأ الاشكال تعارض الاصل والظاهر اذا اصل العلم ونه أمين وظاهر حاله أداء الامانة على انه لولا ذلك لادى الى عدم قبول الوكالة فيفضي الى الضرر ونظام الكلام وتخبره في باب الضمان وفي (لايضاح) ان الاشكال هنا في مسألتين أحدهما ان الوكيل في الدفع ادعى من غير اشارة هل يكون ضامما أم لا وفي دلالة العبارة على ما ذكر نظرهم يستمد من كلام المصنف الآتي ثبوت اشكال في المسئلة وان لم تقدم هذه العبارة على انه لا دخل لذلك في أن القول قوله أو قول الراهن لان هذا هل يعد تقييضا أم لا سواء كان القول قوله أم قول الراهن نعم قد يتصور ان يتبرأ وهو على تقدير عده تقييضا لا تكون دعواه الاداء تامة الا اذا قال وأشهدت في وقت الاداء أو نحو ذلك لانه مادام لا يقول ذلك لم يدع دعوى على تقدير صحتها تكون مسقطا للمطالبة والرجوع فلا تكون مسموعة ومع هذا فلا ربط لهذا بهذا ولا اشتراط لها به بوجه من الوجوه كما به على ذلك في جامع المقاصد - قوله - ﴿ ولا يقبل في حق المرتهن لانه وكيله في الحفظ خاصة فلا يقبل في غيره ﴾ هذا أقوى لانقضاء الوكالة في الاداء من طرفه قطعا كما في جامع المقاصد وفي (المبسوط) وتحرير والتدكرة القول قول المرتهن مع يمينه وعلى الدافع اليه كغيره من الدعاوي وعن أبي حنيفة أن القول قول المدل بيمينه لانه بمنزلة التلف في يده لانه أمين يقبل قوله في اسقاط الضمان عن نفسه ولا يميل في ايجاب الضمان على غيره (وفيه) ما أشار اليه المصنف من أنه وكيل للمرتهن في الحفظ خاصة فلا يمل قوله فيما ليس بوكيل فيه من جهة كما لو وكل رجلا في قضاء دينه قاضي انه سلمه الى صاحب الدين وأنكر

ويمحتمل قبول قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه لاعن غيره فلي هذا ان حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه وعلى الاول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء فان رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم وان رجع على الراهن لم يرجع على العدل ان كان دفعه بحضرته أو بيينة غابت أو ماتت لعدم التفريط في القضاء والا رجع على اشكال منشؤه التفريط وكونه أمينا له اليمين عليه ان كذبه (متن)

ذلك فان القول قول صاحب الدين يمينه وحال المرتهن لا ينقص عن ذلك ونعم انه كالتلف لان قوله اذا لم يقبل على المرتهن وحسب أن يسقط قوله ولا يكون بمنزلة الاكلاف لانه لم يدع التلف قوله -
 (ويمحتمل قبول قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه لاعن غيره) هذا اشارة الى ما حكيتاه من مذهب أبي حنيفة وفي (الايضاح) انه الاصح قوله - (فلي هذا ان حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه) أي فلي هذا الاحتمال الثاني يقتضي الضمان عنه بالنسبة الى الراهن والمرتهن معا لقبول قوله في حقها ولا يثبت على المرتهن انه قبضه لان اليمين اني لا يقتضي ثبوت شيء والاصل بقاء حقه فيرجع على الراهن وله أي الراهن احلاف المرتهن حينئذ على عدم القبض - قوله - (وعلى الاول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء) من العدل والراهن كما في (المبسوط) واندكزة (والتحرير) لاصل عدم الاداء وله حق متعلق بيمين ثمن الرهن فلا يسقط فاذا رجع على العدل رجع بأهل الامرين من القيمة والدين ولا بد في هذه اليمين من طلب العدل أو الراهن لان الدعوى لها وهل يعني تخليف أحدهما عن تخليف الآخر احتمالان من أن الدعوى واحدة ومن أن لكل واحد منهما حقا واستظهر في (جامع المقاصد) انه لو أحله أحدهما قل انشاء الدعوى من الآخر بقي حق الآخر فلا المدعى والاحلاف - قوله - (فان رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم فان رجع على الراهن لم يرجع على العدل ان كان دفعه بحضرته ان كانت يمينه غابت أو ماتت لعدم التفريط في القضاء) أما الحكم الاول فظاهر وأما الثاني فلانه مع الدفع بحضرته يكون التقصير ترك الاشهاد مستندا الى الراهن وأما مع الدفع باليمين فلانه قد حافظ على طريق الاحتياط وانما فرض اليمة غائبة أو ميتة ليم له انكار المرتهن وعدم امكان اثباته عليه - قوله - (والا رجع على اشكال منشؤه التفريط) اختيار الرجوع في (المبسوط) والتذكيرة (والتحرير) والايضاح ولا يخلو من قوة كما في جامع المقاصد لان العدل مفترط في ترك الاشهاد كما في المبسوط لانه وكاه في دفع يرويه من الثمن وقد دفع دفعا لا يرويه كما في التذكيرة ونحوه ما في الايضاح وليس بعيد أن يقال ان الوكيل يجب عليه رعاية القبطة والمصلحة بالنسبة الى الموكل والاخذ بما يكون سليما عن التضييع ولهذا لا يجوز له البيع نسيئة ولا التسليم قبل التسليم ولا ريب ان الدفع بغير اشهاد معرض للانكار وموت اقباض وعدم علم الوارث بالقبض فعد ذلك تفريطا موجبا للضمان لا يخلو من قوة وعمام الكلام في في المسئلة في باب الوديعة والوكالة فاما قد أسبقنا الكلام في البايين محمدا - قوله - (وكونه أمينا له واليمين عليه ان كذبه) فظاهره انه وجه عدم استحقاق الرجوع وهو الشق الثاني من الاشكال (وفيه) ان كونه أمينا وكونه الامين انما عليه اليمين اذا كذبه مستأنفا في الاداء انما يكون مع عدم تقصيره

(الرابع عشر) لو غصبه المرتهن من المدل ثم أعاده إليه زال الضمان عنه ~~محمّد~~ الفصل السادس ~~محمّد~~ في الواحق لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله (متن)

وتفريطه فإذا قصر وفريط يضمن وإن حصل القطع بصحة قوله فلا يثبت به المدعى وبني الاشتكال في الإيضاح على أنه هل يكون مفريطا لكونه وكلا في الإبراء ظاهرا وباطنا أو لا يكون مفريطا لأنه وكل في الإبراء وقد فعل وفي (جامع المقاصد) أن في استسلام ذلك من الوكيل تأملا وإن منشأ الاشتكال من التردد في كونه مفريطا بترك الشهاد وعدمه ~~محمّد~~ قوله ~~محمّد~~ ﴿لو غصبه المرتهن من المدل ثم أعاده إليه زال الضمان عنه﴾ لأنه قد رده إلى وكيله كافي (المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد) وكذلك الحال فيما لو قبضه المرتهن لا بعنوان الغصب (كما في التذكرة خ) فإنه يجب عليه رده لأن الراهن لم يرض بتسليمه له فإذا رده إلى المدل زال عنه الضمان كما في التذكرة ولا كذلك لو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم زال التعدي أو سافر به ثم رده فإنه لم يزل عنه الضمان لأن استئمانه قد بطل بذلك فلم يستد بفعله ولا تعود الأمانة إلا بأن يرجعه إلى صاحبه ثم يردّه إليه أو إلى وكيله أو يراه من ضمانه كما في المبسوط والتذكرة والتحرير (الفصل السادس في الواحق) ~~محمّد~~ قوله ~~محمّد~~ ﴿ولو مات المرتهن ولم يعلم الراهن كان كسبيل ماله﴾ كما في (السرائر والشرائع والتحرير والميسرة وجامع المقاصد) حتى يعلم بينه كما في الأولين وحتى تقوم اليقينة كما في الثالث وفي (الساك) أن المحقق وغيره ذكروا هذه المسئلة حازمين بحكمها على الوجه المذكور بعبارة متقاربة أو متعديّة انتهى ومعنى هذه العبارة أن الوارث مثلا إذا كان عاقلا جاهلا أن في التركة رهنا بحسب أواقع فتركه الميت المرتهن من الأعيان فالظاهر أنه ماله فيكون ماله ولا يجب عليه الاجتناب والمحصن نيام احتمال أن في التركة رهنا وإن كان بعضها في نفس الأمر رهنا كما إذا كان بعضها حراما ولا يملكه الوارث ولا يدري به لأن المكف به هو العمل بالظاهر فقد حاولوا بقولهم كان كسبيل ماله أفادة هذا المعنى إلا أنه ليس مالا له في الواقع وإنما هو ماله ظاهرا وليس مرادهم أن الرهن إذا لم يعلم عينه في التركة ولكن علم حصوله في الجملة يكون كسبيل ماله قطعا كما في المسالك لأن اشتباه العين بغيرها لا يصيرها ملكا للغير كما لو اشتبهت الوديعة بدار في التخلص حينئذ الصلح وليس مرادهم أيضا أنه إذا علم أن في يد الميت قبل موته رهنا ولم يوحّد في التركة فاحتمل الحال لله بغير تفريط وبقاؤه عنده ولم يعلم بعينه وتصرفه فيه على وجه يكون مضمونا كما فهمه صاحب المسالك من هذه العبارات فأشكل عليه جزمهم هنا مع أنهم ذكروا بطريق المسئلة في باب الوديعة وباب القراض واستشكلوا حكمها مع أن الكل من واحد واحد وبعه على ذلك صاحب الحدائق فأخذ يتعجب غير متأمل ولا متثبت وبعه ذكرناه من معنى كلامهم يظهر الفرق ويرفع الاشتكال (قال) المصنف في باب الوديعة ولو مات المستودع ولم يوحّد الوديعة في تركته فهي ولدين سواء على اتشكال هذا أن قرآن عنده وديعة أو عليه وديعة أو ثبت أنها مات وعنده وديعة أم لو كانت عنده في حياته ولم توجد بينها ولم يعلم بقاؤها فهي الضمان اشكال والاشتكال الأول في كيفية الضمان وتهديم المودع على الدين والثاني في أصله ونحوه ما في الشرائع ولا رشاد وغيرهما ل في نمرج الارتداد لفخر الإسلام بسبب الضمان في الوديعة إلى نص الإمام (وقال) المحقق في باب المصاربة إذا مات العامل وفي يده أموال مضاربة فإن علم مثل أحدهم

ويجوز للمرتين ابتياع الرهن فان كان وكلا فالأقرب جواز بيعه من نفسه بثمن المثل وحق المرتين أقدم من حق الحي والميت (متن)

بينه كان أحق به وإن جهل كآتوا فيه سواء وإن جهل كونه مضاربة فبقي به ميراثا وقال المصنف ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتا (بأقياخل) في ذمته وصار صاحبه أسوة الغرماء على أشكال فالموضوع في المقام غير الموضوع في البابين إذ فيهما تعارض أصل البراءة وأصل بقاء الوديعة ومال المضاربة وكذلك الحال فيما إذا علم أنه كان في يده رهن ولم يوجد في التركة واحتمل تلفه بغير تفریط وتصرفه فيه وبقاؤه غير معلوم العين وهذا غير مانع فيه لكن أصل بقاء المال في هذه المسئلة لا يعارض أصل البراءة لأن المال بيد العامل والمستودع والمرتهن غير مضمون بل هو أمانة يمكن تلفه بغير تفریط فلا يكون مضمونا وقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي لا بد من تخصيصه بالأمانات ولم يعلم هنا ما يزيل الأمانة والأصل عدمه فبقي أصل البراءة سالما عن المعارض مضافا إلى ظاهر حل المسلم من أنه لا يخل بواجب من رده أو الإيصاء به هذا مقتضى النظر لكن قال في (التذكرة) في باب الوديعة أن أقوى أكثر العلماء منا ومن الشافعية على الضمان وقد عرفت أن ولده نسيه إلى نص الأصحاب وفي (المسالك والكفاية) أنه المشهور لكننا لم نتحقق هذه الشهرة كما ستعرفه في باب الوديعة وأما ما استندوا إلى ظاهر الخبر وأنه قصر في ترك الرد والإيصاء والتعيين فليأمل هذا وقد روى المتابع الثلاثة عن صفوان عن عمر بن رباح القلاء قال سئلت أبا الحسن عليه السلام عن رجل هلك أخوه وترك صندوقا فيه رهون بعضها عليها أسماء أصحابها وبكم هو رهن وبعضها لا يدري لمن هو ولا بكم هو رهن فما ترى في هذا الذي لا يعرف صاحبه فقال هو كما له وقد نعمل بهذا الخبر وننزل عليه عبارة السرائر وما ذكر بعدها ونترك بين الرهن وغيره بالخبر وبالاختبار لتعلق حق المرتين به ~~قوله~~ ويجوز للمرتين ابتياع الرهن فان كان وكلا فالأقرب جواز بيعه من نفسه بثمن المثل على الأشهر من غير كراهية كما في المختلف وبه صرح المصنف والشهيدان في التذكرة والدروس واللمعة والمسالك والروضة وغيرهم لأن الفرض بيعه بثمن المثل وهو حاصل وخصوصية المشتري ملغاة حيث لم يتعرض لها بل في اللمعة يجوز للمرتين ابتياعه من دون قيد وفي (جامع المقاصد) الأصح أنه يجوز بالادن أو وجود قرينة تدل عليه وتقل في (المختلف) عن أبي علي أنه قال لو وكل المرتين في بيعه لم أختر له بيع ذلك وخاصة أن كان الرهن مما يحتاج إلى استيفاء أو وزن أو أراد المرتين شراء أو بيعه لولده أو شريكه أو ما يجري مجراها انتهى وهذا جار في كل وكالة وقد أسبغنا الكلام في ذلك في أوائل باب البيع ~~قوله~~ وحق المرتين أقدم من حق الحي أي أن حصر عليه كما قيد بذلك الشهيدان والمحقق الثاني والمقدس الأردبيلي ووجه واضح وأما الدليل على الحكم فالاجماع المحصل والظاهر من المسالك وكذا مجمع البرهان حيث قال الظاهر أنه إجماع وفي (الرياض) نفي الخلاف عنه وإن ذلك من خصائص الرهن وفوائده لأن فائدة الرهن شرعا ولغة وعرفا اختصاص المرتين بالاستيفاء ومقتضى ذلك تقديمه على غيره من الغرماء ~~قوله~~ والميت كما في المقنعة والهاية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحريروا والبصرة والارشاد وشرحه لولده والدروس واللمعة والتقيح والمهذب البارع والمقتصر وغاية المرام وجامع المقاصد

فان قصر الثمن ضرب بفاضل دينه مع الثمن والرهن امانة في يده لا يضمن (متن)

وايضاح النافع والميسر والمسالك والروضة والمفاتيح وفي (مجمع البرهان) أنه لا يخلو من قوة وهو الأشهر كما في الشرائع والمشهور كما في المذهب البارع والمقتصر وغية المرام ومجمع البرهان والكفاية وفي (الرياض) أنه المشهور من غير خلاف يعرف وإن أشعرت كثير من العبارات بوقوعه لكن لم يصرح أحد منهم بقائه إلا أن بعض متأخري المتأخرين عزاه إلى الصدوق في القية انتهى وفي (السرائر) الإجماع عليه وإن الرواية بخلافه شاذة وفي (الدروس وايضاح النافع) رواية مهجورة وهذا في معنى الإجماع وفي (مجمع البرهان) قد لا يذكر الخلاف وفي (الحدائق) لم أقف على مخالف وقيل حكاية إجماع السرائر صاحب كشف الرموز ساكتا عليه وفي (المذهب البارع والمقتصر) أن الرواية ضعيفة وقد يظهر من الميسر والمسالك أن هناك خلافاً وفي (الكفاية والمفاتيح) المسئلة محل خلاف وقال فخر الإسلام أن لمخالف ابن بابويه فإنه روى رواية أن الرهن يكون بين أصحبه الدين على السوية وقد مال إليه المولى الأردبيلي والخراساني للخبيرين الضعيفين الساذجين المهجورين مع رأي العين (أحدهما) ما رواه الصدوق والشيخ في القية والتهذيب عن محمد بن حسان عن أبي عمر الأرمي عن عبد الله بن الحكم الضعيف المرتفع القول سئل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أفلس وعليه الدين قوم وعنده بعضهم رهون وليس عند بعضهم فسات ولا يحيط ماله بما عليه من الدين قال قسم جميع ما خلف من الرهن وغيرها على أرباب الدين بالحصص (وأن) ما رواه أيضاً في الكتابين عن العبيدي عن الروزي وهو سليمان بن حفص قال كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات وعليه الدين ولم يخلف شيئاً إلا رهناً في يد بعضهم فلا يبيع منه أكثر من مال المرتهن يأخذه بماله أو هو وسائر الدين فيه شركاً فكتب عليه السلام جميع الدين في ذلك سواء يتوزعونه بينهم بالحصص والعبيدي مختلف في توثيقه ولم ينص علماء الرجال على سليمان بمدح ولا قدح بل لم يذكره على أن هذه مكاتبه وقد تولى تأويلات بعيدة لا بأس بها جمعاً بين الأدلة وإن كنا أمراً بطرح أمثالها لمخالفتها لما عرفته من الفائدة المتفق عليها فيما بينهم فتوى ورواية مضافاً إلى الإجماع وسبق حق المرتهن وإصالة قائه وثبوت سلطانه قوله ~~فإن~~ قصر الثمن ضرب بفاضل دينه مع الثمن ~~فإن~~ كما نص عليه جماعة ووجهه واضح ~~قوله~~ ~~والرهن~~ أمانة في يده لا يضمن ~~فإن~~ كما في المقنع والمقعة والتهامة والمبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة والفنية والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والإرشاد والبصرة وكشف الحق ~~والدروس~~ واللمعة وسائر متأخري وفي (الخلاف والفنية والسرائر والتذكرة والمفاتيح) الإجماع عليه وهو ظاهر كشف الحق ومجمع البرهان والكفاية وفي (المسالك) أن ما روي محالاً متروك وهو في معنى الإجماع وفي (الدروس) أنه أمانة لا يضمن إلا بتد أو تفریط على الأشهر وتقل فيه الشيخ الإجماع هنا وما روي من التفاسير بين قيمته وبين الدين محمول على التفریط انتهى ومن العجيب قوله أنه أشهر مع أنا لم نقف على مخالف أصلاً كما اعترف بذلك جماعة والمخالف أبو حنيفة كما في الخلاف قال قال أنه مضمون وشريح والنخعي والحسن البصري كما في التذكرة قال قالوا إن الرهن يضمن بجميع قيمته وحكي عن ذلك أنه إن كان تلفه بأمر ظاهر فمن ضمان الراهن وإن ادعى تلفه بأمر خفي ضمن أي المرتهن وعن أبي أصحاب الرأي أنه يضمنه بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين والفرض من ذكر مذاهب

أهل الخلاف أمكان تنزيل الاخبار المخالفة عليها وبين حال ما في الحقائق (لنا) الاصل وأنه شرع وثيقة للدين فذلك محله لا يسقطه كوت الكفيل وأنه بمنزلة الودعي والاجماع المعلوم والمنقول والاخبار المستفيضة وفيها الصراح (قنها مارواه) الصدوق في الفقيه عن محمد بن أبي عمير عن جميل بن دراج قال قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل رهن عند رجل رهنا فضاع الرهن قال هو من مال الراهن ويرتجح المرتهن عليه بماله وطريقه الى محمد بن أبي عمير صحيح (وما رواه) المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يرهن الرهن عند الرجل فيصيبه شيء أو ضياع قال يرجع بماله عليه وظاهره أنه يرجع بدينه (وما رواه) الصدوق أيضا عن صفوان وطريقه اليه صحيح على الصحيح في إبراهيم بن هاشم عن اسحق بن عمار بن حيان الصيرفي الثقة لأن رواية صفوان بن يحيى عنه من القرائن المعينة له الصارفة عن كونه الساباطي كرواية عبد الرحمن وعلي بن اسماعيل وزكريا المؤذن وغيث بن صكوب فان رواية هؤلاء عنه معينة له عن أبي إبراهيم عليه السلام قال قلت الرجل يرهن العبد فيصيبه عور وينقص من حسده شيء على من يكون نقصان ذلك قال على مولاه قال ان الناس يقولون ان رهن العبد فرض او انتقأت عنه فاصابه نقصان في جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد قال أرايت لو ان العبد قتل قبله على من تكون جنايته قال جنايته في عنقه (وما رواه) الشيخ في التهذيب عن احمد عن البرزطي عن حماد بن عثمان عن اسحق بن عمار قال قلت لأبي إبراهيم عليه السلام الرجل يرهن الرهن الغلام او الدار فيصيبه الآفة على من يكون قال على مولاه ثم قال أرايت لو قتل قبله على من كان يكون قلت هو في عنق العبد الا ترى فلم يذهب مال هذا قال أرايت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ ما في دينار لمن كان يكون قلت لمولاه قال وكذلك يكون عليه ما يكون له الى غير ذلك من الاخبار الأخر الكثيرة وهذا الأخير وما في مناه مما دل على التلازم بين النقصان والمنفعة ثم برئ الى أنه يمكن الاستدلال في المقام بالاخبار الدالة على ان نماء الرهن للرهن مضافا الى ما استدلل به في التنية والسرائر والذكرة من الخبرين النبويين المشهورين (أحدهما) لا ينلق الرهن الرهن من صاحبه له غنمه وعليه غرمه ومعنى لا ينلق الرهن بالثنين المعجمة وفتح الياء واللام لا يملكه المرتهن بالارتهان (وثانيهما) قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وخراجه اذا كان للرهن بلا خلاف وجب ان يكون من ضمانه لكن هناك اخبار آخر يظهر منها المخالفة بحسب الاطلاق في الحكم كصحيحة أبي حمزة وصحيحة محمد بن قيس وموثة ابن بكبر وغيرها وقد حملها الاصحاب على الكفاية على تفريط المرتهن (قلت) لعدم صراحها في ضمانه مع عدم التفريط ويرشد الى هذا التفصيل مرسله ابان وقد تشعب به صحيحة اسحق بن عمار وعليه يحمل رواية سالم بن خالد والا لثافي اولها آخرها ويمكن حملها اي الاخبار المشار اليها على الثقة كما يشير اليه صحيح بن عمار الذي قال فيه ان الناس يقولون الى آخره ويشعب به صحيح أبي حمزة حيث نسب الحكم فيه الى علي عليه السلام (ولعلم) ان الظاهر جملة من العبارات كعبارة الشرائع والتافع أنه يسقط الحق بثلث الرهن مع الضمان كما هو ظاهر جملة من اخبار الباب ويمكن الحمل على الراضي او التماس والا فلا يسقط من الحق شيء وان كان التالف مضمونا لاختلاف الحقيين اذا لم يكن الدين من جنس ما يضمن به التالف بقي هناك شيء وهو ان جملة من الاخبار كصحيح الباق ومروسل ابان قد تضمنت عدم ضمان المتاع اذا لم ينشره ولم يتعاهده ولم يحركه حتى تأكل وهلك وبذلك اتى في المقنع

الا بالتفريط ولا يسقط من دينه شيء فان تصرف بركوب او سكنى او لبن وشبهه فعليه
الاجرة والمثل ويقاص في المؤنة (متن)

(واعترضه) في المختلف بان الاقرب انه يضمن لان ترك نشر اللوب المقتر الى ذلك يعد تفريطا وتفريط
ضامن وكأنه لم يخطريأله هذه الاخبار التي هي مستند الصدوق وقد قزل على عدم علمه بمحصل
الضرر الى المتاع مع بقاءه على تلك الحال والشهد في الدروس نبه على كلام الصدوق وقال ان في
رواية ابي العباس دلالة على قوله ﴿قوله﴾ ﴿الا بالتفريط﴾ كما صرح به جماعة كايرون وحكي
عليه الاجماع في التذكرة ولم يذكره بعضهم للعلم به ﴿قوله﴾ ﴿ولا يسقط من دينه شيء﴾ اي
اذ ائلف من دون بعد ولا تفريط وهذا تأكيد لما سلف ونص في الرد على العامة وفي (التذكرة) الاجماع
عليه وفي (الكفاية) انه المعروف من مذهبهم اي الاصحاب ﴿قوله﴾ ﴿فان تصرف بركوب
او سكنى او لبن وشبهه فعليه الاجرة والمثل﴾ الاجرة في مثل اركوب والسكنى والمثل في مثل اخذ
اللبن وهو المشهور كما في (المسالك والكفاية والحدائق) وقد ينظر من المفاتيح الاجماع عليه حيث قل
قالوا الى آخره وستسمع ما في الدروس لانه ليس للمرئى الانتفاع به بدون اذن الراهن بلا خلاف
كما في التذكرة ودليله انه بعد خروجه عن الامانة صار كسائر المتصرفين غير الامناء في اموال الناس
(وما رواه) ثقة الاسلام والشيخ في الحسن بابراهيم عن ابي جعفر عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام
قال في الارض البور يرتبها الرجل ليس فيها ثمرة فزرعها وافق عليها من ماله انه تحسب له ففقه
وعمله خالصا ثم ينظر نصيب الارض فيحسب من ماله الذي ارثه به الارض حتى يستوفي ماله
فاذا استوفي ماله فليدع الارض الى صاحبها والبور الارض قبل ان تصلح للزراعة او التي تترك
سنة ليزرع من قابل وقد وقع في عبارة الشرائع انه لو تصرف باجارة لزمته الاجرة وهو يتم مع مضى
مدة ما بلها اجرة عادة لا بمجرد العقد وحينئذ يغير الراهن بين فسخ الاجارة والرجوع باجرة المثل
وبين الاجارة فيرجع بالمسعى فقد اختلفت كيفية الضمان اذ ليس الضمان هنا كضمان اجرة الركوب
والسكنى فان المضون في هذين اجرة المثل وفي (الدروس) لو كان له منفعة كالركوب والتمار فالمشهور
جواز الانتفاع بهما ويكون بازاء النفقة وهو في رواية ابي ولاد والسكوني وفي (النهاية) ان انتفع والارجع
بالنفقة ومنع ابن ادریس من الانتفاع فان انتفع تقاصا وعليه المتأخرون والروايتان ليستا صريحين في
المقابلة ولا مانعتين من المقاصة نعم تدلان على جواز ذلك وهو حسن لتلا تضع المنفعة على المالك نعم
يجب استيذانه ان امكن والا فالحاكم انتهى ومراده بالمشهور الشهرة بين المتقدمين وقد استحسن
جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك وتام الكلام يأتي مفصلا بعد هذا بلا فاصله والفرض من
قل عبارة الدروس الاشارة الى الخلاف ﴿قوله﴾ ﴿وبقاص في المؤنة﴾ كما عبر بذلك في
الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتذكرة والنفقة وابعاض النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة
وفي (الدروس) عليه المتأخرون كما سمعنا نقا ويأتي الكلام في معنى المقاصة وابن ادریس والمصنف
في المختلف لم يعبأ بالمقاصة وهو الاوفق بالاصل قال في (السرائر) فان اتفق بنسب العود واشهد على
ذلك كان له الرجوع بما اتفق ونحوه ما في المختلف وقد قلت النبرة في مسالك والكفاية والحدائق
على انه ان امره الراهن بالنفقة رجع بما غرم والا استأذنه وان امتنع او غاب رفع امره الى الحاكم

فان تعذر انفق هو بنية الرجوع واشهد عليه ليثبت له استحقاقه فان تصرف مع ذلك في شيء بغير الاذن ضمن مع الائم وقاصا لسنكك قد سمعت انه في السرائر لم يشترط في الرجوع في النفقة الآتية العود بها والمحقق والمصنف والشهيد في الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والكتاب واللمعة لم يشترطوا شيئا وقد عرفت انه نسب ذلك في الدروس الى المتأخرين من دون اشتراط شيء نعم اشتراط عدم التبرع مما لا ريب فيه لاحد قال في (التذكرة) واما ان افق متبرعا فانه لا يرجع به قول واحد وقال في (المهذب البارع) واشترط الشهيد في جواز الرجوع بالنفقة اذن المالك او الحاكم فان تعذر فلاشهاد ولم يشترط الباقر اذن الحاكم وهو اولى انتهى وأول من اشترط اذن الحاكم فان تعذر فلاشهاد المصنف في التذكرة ثم المحقق الثاني والشهيد الثاني في المسالك والمولى الاردبيلي قال ينبغي وقوى في الروضة قبول قوله من دون اشهاد في قدر المعروف بمجته ورجوعه به والشهيد في الدروس اشترط اذن الحاكم قط ولم يذكر الاشهاد لانه ارشاد فما حكاه عنه في المهذب البارع غير موافق لواقع ونحو ما في الدروس ما في التنقيح وایضاح النافع (فان قلت) اشترط اذن الحاكم وأن لم يذكره الا انه لكنه مراد لهم قطعا لاجماعهم على ان التصرف في الرهن لا يجوز الا باذن المالك والا فان على الدابة وعقلها تصرف فان تعذر المالك فالحاكم فان تعذر فالمرتهن من باب الحسبة وقد ارشدوه الى الاشهاد ليسلم من اليمين فاشهرة المحكية في المسالك والكفاية انما هي بالنسبة الى قول الشيخ في النهاية ومن واقعه والا فاذن الحاكم لا بد منه (قلت) الرهن لا يزيد عن النقطة والوديعة فالمرتهن يجب عليه حفظه ولا يتم الا بالاتفاق فيرجع به مع علم التبرع كما هو الشاف في الاتفاق على الوديعة والنقطة فانهم لم يشترطوا في الاتفاق عليها اذن الحاكم فليلاحظ كلامهم في البابين وقد نبه على ذلك ابو العباس في المختصر والمهذب وفي (المبسوط) عبارة تناسب ما نحن فيه قال ومنى اكرى المرتهن من ماله بغير اذن الحاكم فان كان الحاكم مقدورا عليه لم يرجع على الراهن لانه متطوع به وان لم يكن مقدورا فان اشهد عليه عدلين انه يكره ليرجع به عليه فيه قولان وان لم يشهد لم يكن له الرجوع انتهى فتأمل فيه ويأتي عن الشهيد ما يشمل مثل هذا فيكون ما في 'المبسوط' مما نحن فيه وكيف كان فهذه الاقوال الثلاثة متفقة على رجوع كل من الراهن والمرتهن مع التصرف على الآخر فيما يستحقه بعد اتفاق المرتهن فهو بنفقته والراهن بمنفعة ماله على الاطلاق خلافا للشيخ في النهاية والحلي فيما حكى عنه في الحيوان فجوزا الركوب واجب بعد الاتفاق وحكا بان المنفعة بازاء النفقة على الاطلاق ولو مع عدم المراضاة وتفاوت الحقين بالزيادة والتقصان وتستسمع كلامهما وهو ظاهر ابن حمزة في الوسيلة وابن سعيد في الجامع ومال اليه الخراساني في الكفاية وقد سمعت انه قال في الدروس ان المشهور جواز الانتفاع بها اي بالدار والدابة ويكون بازاء النفقة انتهى وقد زاد الدار فلا يكون الحكم عند هؤلاء مقصورا على الحيوان قال في (النهاية) اذا كان الرهن دابة فركبها المرتهن كان نفقها عليه وكذلك اذا كانت شاة وشرب لبنها كان عليه نفقها واذا كان عند انسان دابة او حيوان اوردقن رهنا فان نفقها على الراهن دون المرتهن فان اتفق المرتهن عليها كان له ركبها والانتفاع بها او الرجوع على الراهن بما افق (وقال) ابو الصلاح فيما حكى عنه يجوز للمرتهن اذا كان الرهن حيوانا يتكفل موثته ان ينتفع بظهره او خدمته أو صوفه أو لبنه وأن لم يراضيا ولا يحل شيء من ذلك من غير تكفل موثته ولا مراضاة والا ولى ان يصرف قيمة منافعه في موثته انتهى فليتأمل فيه وقال في

فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثليا قبل يوم قبضه وقيل يوم هلاكه وقيل الارتفاع (متن)

(الوسيلة) وأن رهن حيوانا كان نفقته على الراهن فإن أُنقِ على المرتهن كان له الرجوع على صاحبه ما لم يتفنع به فإن اتفنع به ولم ينفق رد قدر ما اتفنع به ونحوه ما في جامع الشرائع وصحبتهم على ذلك (مارواه) المشايخ الثلاثة عن أبي ولاد قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهنا بما له أله أن يركبه قال قال إن كان يملكه فله أن يركبه وإن كان الذي رهنه عنده يملكه فليس له أن يركبه وطريق الكليني فيه سهل وطريق الشيخ والصدوق صحيح (ومارواه) الشيخ والصدوق عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الظاهر يركب إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب نفقته والدر يشرب إذا كان مرهونا وعلى الذي يشرب نفقته وقد حملها الأصحاب كما في الرياض والحداث على حصول الأذن ومساواة الحقين قالوا وهو بعيد جدا (قلت) الحامل لها على تساوي الحقين المصنف في المختلف وعلى الأمرين أعني حصول الأذن ومساواة الحقين صاحب إيضاح النافع والشهد الثاني والمولى الأردبيلي ولم أجد الآن لهم رأيا (وقد يقال) إن رهنه مع عدم الاتفاق قرينة الأذن فيه وفي الصرف ولا سيما إذا اضطر الراهن إلى الركوب والحلب فإن ترك الركوب قد يفسده كما أن ترك الحلب مفسد مضر بالحيوان مفوت للبني على المالك فلو لم يجز له الركوب والشرب لزم قنوت المنفعة وحصول المفسدة على المالك قل في (مجمع البرهان) يمكن حمل خبر السكوني على الأذن ولو كان مأخوذا من العادة المتعارفة بينهم انتهى فالتقي المعد من حصول الأذن في الاتفاق والتصرف وقد سمعت ماقاله في الدروس من أن الروايتين ليستامرين بخير في المقابلة ولا مانعتين عن المقاصة نعم تدلان على جواز ذلك وهو حسن لتلا تضييع المنفعة على المالك انتهى (وقد يقال) أنها ظاهرتان ولا سيما الأولى في المقابلة والمنع من المقاصة وفي الظهور بلاغ فليتأمل وما استحسنه في الدروس من جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك كأنه ميل إليه في التقيح والمذهب البارع والمقتصر والروضة وكيف كان فالروايتان مع قصور سند أحدهما وإن صح إلى صاحب إجماع على أن في البرقي كلاما لا تقاومان الأدلة الدالة على عدم جواز تصرف كل من الراهن والمرتهن بدون إذن الآخر مع محافظتها للقاعدة المقررة في الضمان فإن مقتضاها رجوع الراهن بحق المنفعة والمرتهن بحق لفقة فتخصيص هاتين القاعدتين بهاتين الروايتين اللتين أطبق المتأخرون على عدم العمل بهما على ظاهرها وشهرة المتقدمين وإن حكيت في الدروس لم تحقها هذا المفيد والصدوق والسيد وسائر والقاضي والراوندي وأبو المكارم لم يفتوا بظاهر الخبر مع وجود الصحيحة في الكليني والتهذيب والتهذيب ووجود الثانية في الأخيرين قد أعرضوا عنها مع أنها برأ من العين والمراد بالمقاصة كما في كتب الرموز أن يقاص المرتهن ما أنفق عليها بالاجرة المضمونة عليه حيث تصرف فيها من غير إذن الراهن قال ولا تتحقق المقاصة إلا بهذا التأويل انتهى فتأمل والمقاصة مشروطة بشرائط فاعمل المراد عند حصول شروطها وفي (مجمع البرهان) يمكن أن يراد بالمقاصة مجرد الرجوع ﴿قوله﴾ ﴿فلو تلف ضمن قته﴾ إن لم يكن مثليا قبل يوم قبضه وقيل يوم هلاكه وقيل الارتفاع ﴿وعن أبي علي أنه يضمن أسلا القيم من يوم هلاكه إلى يوم يحكم عليه بقيته وقيل أعلا القيم من حين التفريط إلى وقت التلف وقد قدم الكلام في مثل ذلك مرارا والأصح أنه يوم هلاكه لأنه وقت استقرار الضمان وانقضاءها إلى

ولو علم جحود الوارث استقل بالاستيفاء ولو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين الا بالينة وله احلاف الوارث على عدم العلم ويجب على المرتن بالوطى العشر أو نصفه (متن)

ذمة المرتن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو علم جحود الوارث استقل بالاستيفاء ﴾ الذي طفت به عباراتهم انه يجوز للمرتن أن يستوفي دينه مما في يده ان خاف جحود الوارث كالتسريع والتنازع والتحرير والارتداد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وغيرها وفي (الكفاية) انه المعروف بينهم وفي (مجمع البرهان) الاجماع عليه ان لم يكن له بينة مقبولة أو لم يمكن اثباته عند الحاكم وفي (الرياض) قد صرح الاصحاب من غير خلاف يعرف بل في شرح الارشاد الاجماع عليه بأن للمرتن استيفاء دينه من الرهن وان لم يكن وكلا في البيع او اقتسخت وكالته بموت الراهن ان خاف جحود الراهن او الورثة للحق ولم يمكن اثباته عند الحاكم لعدم البينة او غيره من العوارض لعدم الجرح والضرر والخبر انتهى ولم يقيد أحد بالعلم بجحود الوارث كما في الكتاب ولعله أراد بالعلم الظن الغالب لكن في جامع المقاصد ان الظن أيضا غير شرط بل يكفي خوف جحوده دفعا للضرر المخوف قد اكتفى بمجرد الاحتمال فليحفظ وقال جماعة المرجع في الخوف الى القرائن الموجبة للظن الغالب بجحوده ومما صرح فيه بأنه يجوز له ذلك لو خاف جحود الراهن أيضا الارشاد والدروس والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وقد سمعت ما في الرياض ومما قيد فيه ذلك بعدم البينة التحرير وايضا النامع والروضة والمسالك والكفاية تبعاً للرواية ونسبها في الحقائق الى الاصحاب قال في (المسالك) كل ذلك مع عدم البينة المقبولة عند الحاكم والا لم يجوز بل ثبتت عنده الدين والرهن ويستأذنه في البيع ولعله حرمة التصرف في مال الغير الا باذنه خرج منه صورة عدم امكان الاثبات للاجماع والضرر والضرورة وأطلق الباقيون وفي (مجمع البرهان) لا يشترط عدم البينة وعدم امكان الاثبات عند الحاكم وهو الاصح والرواية غير صحيحة باسقاط عدم امكان الاثبات وانما فيها استعاز ولعلها خرجت مخرج الغالب والحق بعضهم بخوف الجحود الحاجة الى اليقين وفي (المسالك والروضة) انه ليس بمعتد وفي (الكفاية) ان فيه أي اللاحق نظرا قلت لعدم الضرر باليمين الصادقة وان كان تركها تعظيماً لله جل شأنه أولى وقد روى الصدوق والشيخ عن العيادي عن المروزي عن أبي الحسن عليه السلام انه كتب اليه في رجل مات وله ورثة فخا رجل قاضي عليه مالا وان عنده رهنا فكتب عليه السلام ان كان له على الميت مال ولا بينة له فليأخذ ماله مما في يده وليرد الباقي على ورثته ومنى أقر بما عنده أخذ به وطواب بالينة على دعواه وأوفي خه بعد اليقين ومنى لم يبق البينة والورثة ينكرون فله عليهم بيمين علم يحلفون بالله ما يعلمون له على ميتة حقا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين الا بالينة وله احلاف الوارث على عدم العلم ﴾ كما نص على ذلك مولانا الهادي عليه السلام في الحبر المقدم ويحتمل أن يكون الكاظم والرضا عليهما السلام لأنه يظهر من الأخبار انه ممن ادرك الكاظم والرضا والحواد والهادي والعسكري عليهم السلام وقال مولانا المجلسي انه له مكاتبات الى الجواد والهادي والعسكري صلوات الله عليهم أجمعين مضافا الى الاصل والضابط العام مع عدم خلاف في المقام كما في الرياض (قلت) وانما ترك الاكثر التصريح به للعلم به ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجب على المرتن بالوطى العشر أو نصفه ﴾ تقدم الكلام في هذا ومثله في المطلب الثاني في أحكام بيع الحيوان في مقامين

ولو طأوت فلا شيء ولو شرط كون الرهن ميبعا عند تعذر الاداء بعد الحلول بطلا (متن)

فيا لو وطأ أحد الشركاء الجارية وفيما لو ظهر استحقاق الأمانة الموطوءة وتقدم أيضا في باب العيب في مقامين وفي باب شروط البيع ومغايرة المورد لا تقضي بالمغايرة مع اتحاد طريق المسائل وقد استوفينا الكلام في هذه المسئلة وأطرافها أكل استيفاء وسيعرض المصنف لمثل ذلك في باب النصب وباب الحدود وما صرح فيه بجميع ما ذكره المصنف هنا الشرائع والجامع والتحرير والدروس واللمعة وفي (الروضة) أنه المشهور وقد تقدم منا في باب البيع نقل الشهرة عن عدة كتب وأن في الخلاف الاجماع عليه وقيل عليه مهر أمثاله وهو خيرة المبسوط والتذكرة والمفهوم من كلام القنية والسرائر وفي (التذكرة) ويجب المهر ان كانت مكرهة اجماعا ولعله أراد بالمهر ما يشمل المقر وربما قيل ان المالك يتخير بين الامرين وحكي عن الشهيد انه رجحه في بعض حواشيه وهل يجب مع ذلك ارش البكارة جزم به في الروضة وقال به جماعة في غير المقام كما بيناه فيا سلف من المواضع المشار اليها وفي (المسالك) ان أكثر عبارات الاصحاب في المقام مطلقة وهو كذلك وربما قيل بدخوله في العسر وعدم دخوله في مهر المثل ~~قوله~~ ﴿ ولو طأوته فلا شيء ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد) وهو المشهور كما في المسالك والكفاية والحدائق ولم يرجح في التذكرة وقوى أحد الامرين أي المقر أو المهر في المسالك والروضة والكفاية لانه بضع مستحق لخبر الموطوءة فلا يسقط برضاها ولانه تصرف في مال الغير وفي (جامع الشرائع) ان طأوته ثيبا فلا مهر لها وان اكرها فعليه نصف عشر قيمتها وان طأوته بكرا أو اكرها فعليه عشر قيمتها انتهى فثبتا مل في تصيحه وعلى تقديره في أحد الامرين من المهر والمقر فلا شبهة في ثبوت أرش البكارة هنا كما في المسالك ونحوه كما في جامع المقاصد لانه جناية على مال الغير هذا كلامهم في المقام وقد تقدم تفصيله ودليله في بيع الحيوان وغيره ~~قوله~~ ﴿ ولو شرط كون الرهن ميبعا مع تعذر الاداء بعد الحلول بطلا ﴾ اجماعا كما في المبسوط وظاهر السرائر أو صريحها وظاهر المسالك وجمع البرهان وفي (التذكرة) الشرط فاسد باز خلاف واداء فسد الرهن وبالحكم صرح في الجامع والشرائع والنافع والارشاد والتذكرة والدروس واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد وتعليق النافع وايضاح النافع والمسالك والروضة وغيرها لكنه في الشرائع أطلق قال ولو شرط ان لم يؤد كان الرهن ميبعا لم يصح ولم يقل عند الأجل كالتامع وقال في (الارشاد) بطل ولم يقل بطلا كالكتاب وغيره والامر سهل لانه لا شك في بطلان هذا الشرط لعدم الصيغة وللتعلق المانع من صحة البيع ولان الاصل عدم الانتقال ولا موجب له اذ ليس الموجود الا عقد الرهن فلا بيع ثم انه لا يصح كون الشيء الواحد رها على دين شخص وميبعا له ويبطلان الشرط يبطل المشروط ثم ان لم يمس على بطلان الرهن انه موقت وهو لا يتوقت الا بالوطى وان ثبت ذلك كله قلنا في الاجماع على بطلانها أكمل بلاغ وعساك تقول كما قل بعض العامة ان الرهن اذ رضي بالرهن مع هذا الشرط كان أولى أن يرضى مع بطلانه فيصح الرهن ويفسد البيع (وفيه) ان مجرد الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد كما هو ظاهر وعبرة الشرائع تنزل على ما في النافع وغيره من أن المراد انه رهنه الرهن على الدين المؤجل وشرط له ان لم يؤد الدين في ذلك الاجل يكون الرهن ميبعا له بالدين أو بقدر مخصوص وان كان الاطلاق كما في الشرائع مبطلا أيضا لانه حيث لم يبين وقتا

فإن تلف قبل مدة الحل لم يضمن ولو تلف بعدها ضمن (متن)

لا يتحقق عدم الوفاء مادام الرهن حيا فيتعلق البيع على الوفاء وهو غير صحيح الآن الاصحاب وغيرهم كافي المسالك فرضوا المسئلة كما ذكرنا ومع ذلك كله قال في (التحرير) اذا شرط كونه ميسرا عند حلول الاجل بالدين هل يفسد الرهن بفساد الشرط فيه نظر والذي قواه الشيخ عدم الفساد وهو جيد وأنت قد عرفت انه قال في المبسوط بطلان اجماعا ~~في قوله~~ ~~فإن تلف قبل مدة الحل لم يضمن وان تلف بعدها ضمن~~ كافي (المبسوط وجامع الشرائع والتذكرة والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك والروضة) لانه في مدة الاجل وهو فاسد ونفسه مبيع فاسد وكل عقد يتبع صحيحه في الضمان وعدمه فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك وحيث كان صحيح البيع مضمونا على المشتري فاسده كذلك وفي (المسالك) أن الاصحاب وغيرهم أطلقوا القول في هذه القاعدة لم يخالف فيها أحد (قلت) وبها طفت عباراتهم في المقام وغيره ومما استندها فيه اليها في المقام المبسوط والجامع والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وفي (المبسوط) البيع الصحيح والماسد مضمون اجماعا وفي (مجمع البرهان) انها قاعدة مشهورة فكأنها مجمع عليها ولا نعرف دليلا (قلت) دليلا بعد اجماع انهما تراضيا على لوازم المقد فحيث كان مضمونا فقد دخل القايض على الضمان ودفع المالك عليه مضافا الى قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي وحيث يكون غير مضمون يكون التسليم واقما على اعتقاد صحة العقد فلم يقصد المسلم ضمنا بل سلم على قصد العدم ولم يلزم التسليم ضمنا ايضا فينتفي المتضي له مضافا الى الاصل وعدم تناول عموم قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت له لعدم انصرافه الى مانع فيه أعني ما قصد فيه المسلم عدم الضمان وبه يدفع (ماعناه يقال) ان الاصل في كل مقبوض الضمان ما لم يكن أمانة وهنا ليس كذلك لان كونه أمانة فرع كونه رهنا لانك قد عرفت انه حينئذ بمنزلة الامانة ولا يتناوله العموم وقال في (المسالك) هذا القسم انما يتم فيما اذا كانا جاهلين بالفساد أو عالين به فان الدفع والقبض يكون بمنزلة الامانة وكذا لو كان الدافع عالما دون الآخر ويشكل العكس من حيث ان القايض لعله بالحال أخذ بغير حق والدافع توم الصحة والا لما رضي بدفع ماله فيكون مضمونا للعموم السابق وأنت خير بأن هذا الاشكال غير مختص بالاخيرة بل جار في الاولى أيضا وهي ما اذا كانا جاهلين كأن يقال ان رضا المسلم بدفع العين فيها انما هو لتوم صحة العقد بحيث لو اذني ما رضي بالاف (وأجاب) في المسالك عما أورده من الاشكال بالاجماع على اطلاق القول في هذه القاعدة وقال ويمكن توجيهه بأن المالك أذن في قبضه على وجه لا ضمان فيه والمتسلم تسلمه ما كذلك وعدم رضاه لو علم بعدم لزوم غير معلوم فالأذن حاصل والمانع غير معلوم انتهى وأنت تعلم أن هذا باقراده غير مخرج عن العموم السابق الا أن تقول ان غرضه انه حينئذ لا يتناوله العموم لا انصرافه الى غيره كما أشرنا اليه آفا فيبقى على الاصل فيتجه الجواب بالنسبة الى الصورتين فكأن المدار في الصور الاربع على عدم تناول العموم طافلا يخرج عن الاصل وقال في (التنقيح) عند شرح قوله في النافع لم يصح أي لم يصح البيع اتعلقه على المدة ويكون مضمونا لقبضه بالبيع الفاسد ومراده أنه يكون مضمونا بعد الاحل لا قبله اذ لا يبيع قبله فلا مخالفة (ثم) انه قد يقال ان في ضمانه بعد الاجل على الاطلاق اشكالا لانه اذا كان مقبوضا عنده بالرهن الفاسد الذي لا يضمن به فينبغي أن يبقى عنده

وفوائد الرهن للرهن ولا تدخل فيه (وأن خل) أن كانت موجودة والأقرب عدم دخول المتجددة إلا مع الشرط أو كانت متصلة (متن)

على هذا الوجه حتى ينوي تملكه بعد الاجل يزعم أنه مبيع له فيمنعه منه لو طلبه ويتصرف فيه وتظهر الفائدة فيما إذا غفل عن كونه ميبعا ولم ينو تملكها فليأمل جيدا وتظهر الفائدة في أصل المسئلة فيما عدى التلف فيما إذا غرس أو بنى قبل دخول وقت البيع فإنه يقع مجانا ولو فصل ذلك بسده وهو جاهل بالفساد لم يقطع كذلك لوقوعه باذن المالك وجهه بعدم الجواز فيكون كما لو غرس المستعير ورجع المعير ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفوائد الرهن للرهن ﴾ كما في المنع وما تأخر عنه وعليه الاجماع كما في كشف الحق وظاهر كشف الرموز والمسالك والمفاتيح ومجمع البرهان والرياض والاجامات الآتية منطبقة عليه وتدل عليه الاخبار الكثيرة المتضاربة ولا فرق في ذلك بين المتصلة والمنفصلة وخالف أبو حنيفة فقال فيما حكى عنه المتصلة (تبقى خل) تبطل لأتصل للرهن ولا للرهن والمنفصلة تدخل في الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تدخل فيه أن كانت موجودة ﴾ كما في المنفعة والنهاية وسائر ما تأخر عنها وفي (المختلف) أنه مذهب الأكثر وفي (التقيح) الاجماع عليه وفي (الاتصار) الاجماع عليه في الحل وفي (المسالك) أنه المشهور ذكره في مقام آخر والمخالف أبو علي على ما حكى عنه في المختلف قال قال جميع ذلك يدخل في الرهن وضعفه واضح لأن الموجود حاله كسائر أمواله وربما قيل بدخول نحو الصوف والوبر والشعر على ظهر الحيوان ونحو ذلك مما هو بحكم الجزء واستقره في التذكرة وهو حسن أن حكم العرف بالدخول والا فلا ظهر ما حكم به الأصحاب ولله المفروض وتردد في التذكرة في دخول اللبن في الضرع وسيأتي تردد المصنف هنا في الأمرين ﴿ قوله ﴾ ﴿ والأقرب عدم دخول المتجدد إلا مع الشرط أو كانت متصلة ﴾ الفوائد المتجددة المتصلة اتصالا لا يقبل الانفصال كالسمن والطول تدخل في الرهن اجماعا كما في المختلف والتذكرة في موضعين منها والمسالك والروضة والمفاتيح وقد نفى عنه الخلاف في التقيح والكفاية والحدائق وفي (غاية المراد) أنه لا بحث فيه وكذلك المنفصلة كالثمرة والحل والقابلة للانفصال كالتمر والصوف إذا شرط المرتهن دخولها لنفي الخلاف فيه عندنا إلا في الدروس (ثم قال) وإن لم يصح رهن المعلوم لأنها تابعة وفي (المسالك والكفاية والمفاتيح) لو اشترط المرتهن الدخول أو الرهن الخروج ارتفع الاشكال والمصنف في التذكرة استثنى ما يتجدد من المنافع بالاختيار كما كتساب العبد فلا يصح اشتراط دخوله وفي (الدروس) أنه لا فرق بين كسب العبد وغيره (أما الفوائد) المتجددة التي ليست متصلة كذلك ولا مشروطة فقد قرب المصنف هنا عدم دخولها وهو خيرة الخلاف في موضعين منه والبسوط ونكت النهاية للمحقق والتحرير والتذكرة في موضعين منها والارتداد والمختلف والابضاح والتقيح وجامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان والكفاية ومال إليه في المسالك وهو المنقول في الدروس عن المحقق في الدرس المبارك الميمون وفي (الخلاف) في باب الزكاة الاجماع عليه وهو ظاهر التذكرة حيث قال عندنا في مطاوي البحث في فروع المسئلة قال في (زكاة الخلاف) إذا رهن جارية أو شاة فحملنا بعد الرهن كان الحل خارجا عن الرهن باجماع الفرقة وهو قوي منين جدا للاصل بمعنى أصل عدم ولعدم دلالة اللفظ على دخولها بشيء من الدلالات ولأن الأصل في الملك أن يتصرف فيه مالكة كيف شاء خرج منه الأصل بوقوع الرهن عليه وهذا البناء مادام متصلا بالأصل لأنه يلزم منه التصرف

ولو أدى ما ينخص أحد الرهين لم يجز إمساكه بالآخر ولا بالخالي ويقدم قول الدافع
ولا تدخل الثمرة غير المؤبرة في رهن النخلة (متن)

في المرهون الذي قام الاجماع على منعه ويبقى الباقي وهو ما اذا انفصل عن الاصل على الاصل وقد
استدل عليه المصنف في المختلف برواية السكوني وخبر اسحق بن عمار عن أبي ابراهيم عليه السلام
(قلت) فان رهن دارا لها غلة لمن الغلة قال لصاحب الدار وقال وادعى ابن ادريس أن قوله مذهب
أهل البيت عليهم السلام واجماعهم عليه وان ما ذكره الشيخ في الخلاف والمبسوط مذهب المخالفين
خطأ لا برهان عليه ولا شبهة له (قلت) الخبران لا دلالة فيهما على ما نحن فيه اذ غاية ما دللا عليه انما
هو التبعية في الملك ولا نافيها للدخول في المرهون كما هو فرص المسئلة (وقد يقال) انهما عند التأمل
ظاهران في ذلك فأمل والامة على أقوال حكماها في الاتصاف قال فقال أبو حنيفة اذا ولدت المرهونة
بعد الرهن دخل ولدها في الرهن وكذلك اللبن والصوف وثمره النخل والشجر وهو قول الثوري
والحسن بن حي وقال مالك ما حدث من ولد فهو رهن وقال الشافعي لا يدخل الولد ولا الثمرة الحادثة
في الرهن وقال الهيثم اذا كان الدين حالا دخلت الثمرة فان كان الى أجل فالثمرة لصاحب الاصل
وروي عنه أنه لا يدخل الا أن يكون موحودا يوم الرهن انتهى ما حكاه في الاتصار وفي (المنفعة
والنهاية والوسيلة والغنية والسرائر والجامع والشرائع والنافع وكشف الرموز والدروس واللمعة وغاية
المراد وايضاح النافع) أنه يدخل في الرهن وهو المحكي عن أبي علي وأبي الصلاح والقاضي وفي (الدروس
والمسالك والكفاية ولفاتيح والحدائق والرياض) انه المشهور وفي (جامع المقاصد) انه مذهب الاكثر
وفي (ايضاح النافع) انه أشهر بل كاد يكون اجماعا بل صرح بعضهم بدعوى الاجماع عليه وفي (الغنية
والسرائر) الاجماع عليه وفي الاخير أيضا انه مذهب أهل البيت عليهم السلام وفي (الاتصار) أن دخول
الحمل الى الحامس في لارتها مما انفردت به الامامية ولا حجة لهم يعول عليها الا الاجماع المنجبر
بالشبهة المعلومة والمنقولة وربما احتج عليه بتبعيته للاصل (وفيه) انها ممنوعة في مطلق الحكم بل انما هي
في الملك ولا كلام فيها وبقيعية ولد المدبرة لها بالتدبير غروجا بالدليل مع حرمة القياس ووجود
الفارق وهو تغلب جانب الفتق (وقد) يستدل لهم بلزوم جواز انتفاع الزامن بالرهن لان المنفعة اذا لم
تكن رهنا لا وجه لمتهم من التصرف فيها لكن الاجماع على منعه (ويندفع) ذلك بما أشرنا اليه آفا من
أن منعه من التصرف لا من حيث المنفعة بل من حيث استلزامه التصرف في المرهون ولهذا لو انفصلت
المنفعة كالثمن والولد لم يمنع من التصرف فيها **قوله** ﴿ولو أدى ما ينخص أحد الرهين لم يجز
امساكه بالآخر ولا بالخالي﴾ قد طفحت بذلك عباراتهم ووجه ظاهر لانه قد فكهما رهن عليه
ولم يرهما على الآخر ولا الخالي فلا يكون رهنا والارتهاان غير واجب نعم اذا تراضيا فلا كلام كما تقدم
قوله ﴿و يقدم ! الدافع﴾ في أن المدفوع عن أي الدينين لان المعبر نيته وهو أعرف
بها وذلك مع اليقين **قوله** ﴿ولا تدخل الثمرة غير المؤبرة في رهن النخلة﴾ كما في المبسوط
والشرايع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقال في (التذكرة) الحق عندنا ذلك وان
دخلت في البيع اقتصارا على النص فلا يتعدى الى غيره (قلت) لانها غير داخلة في مسماها ودخولها في البيع
قبل التأخير للنص على خلاف الاصل ولذلك خصها بالذكر بخلاف غيرها من الثمار فانها متى ظهرت لا تدخل

ولا الشجر في رهن الأرض وإن قال بمحقوقها إلا مع الشرط وكذا ما بينت بعد رهنها سواء أثبتته الله سبحانه أو الراهن أو أجنبي إلا أن يكون النرس من الشجر المرهون وفي دخول الأس تحت الجدار والنرس تحت الشجر والبن في الصرع والصوف المستجز على ظهر الحيوان (متن)

في عدم مطلقا إلا مع الشرط ونبه به أيضا على خلاف بعض العامة حيث أدخلها قياسا على البيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا الشجر في رهن الأرض ﴾ كما في الكتب الستة المتقدمة لما مر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وإن قل بمحقوقها ﴾ كما في التذكرة وغاية المرام وجامع المقاصد والمساك لأنه لا يعدم من حقوقها لئلا لا عرفا وتورد في الترايع بما ذكر ومن توهم كون الشجر من حقوقها كما فهمه الشيخ رحمه الله في المبسوط وقد سبق مثله في البيع وفي (التذكرة والمساك) أنه لو قال بجميع ما تشلت عليه أو نحوه دخلت على الظاهر وفي جامع المقاصد لم يبعد الدخول حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ إلا مع الشرط ﴾ لا اشكال في لدخول مع الشرط كما في (جامع المقاصد) وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا ما بينت بعد رهنها سواء أثبتته الله سبحانه أو من الرهن ﴾ كما في المبسوط والشرائح والتحرير والتذكرة والتلخيص وجامع المقاصد والمساك والكفاية وهو قضية كلام الدروس لعدم دخوله فيها ولا يمد ذلك تمام الأرض حتى يجبي فيه الخلاف في التاء المتجدد ولهذا خصه بالذكر ومنه يعلم حال الأجنبي إذا غرسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ إلا أن يكون النرس من الشجر المرهون ﴾ فإنه رهن كما في السرائع وجامع المقاصد والمساك لأنه لا اشكال في بقاء على ما كان لا أنه يتجدد له الدخول وهل يتوقف غرسه حينئذ على إذن المرتهن يحتل ذلك لأنه تصرف في الرهن وانتفاع به فيتوقف على إذنه وعدمه لأنه مصلحة له وزيادة في قيمته كالسقي والدوا وقد تقدم ولو كان النرس من غير المرهون أو كان منه واضر بالأرض فلا ريب في أنه يفتقر على إذنه وأطلق في الدروس المنع من الزرع وإن لم تنقص به الأرض حسبا للمادة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي دخول الأس تحت الجدار ﴾ الأس بالضم أصل البناء كما في الصحاح والقاموس والمصباح المير ومجمع البحرين وكذا الأساس وقال السيد في حواشيه له تفسيران (الأول) ما هو مستور من الأسط ووجه دخوله دلالة اللفظ عليه بالتضمن ووجه عدمه عدم تعلق الإشارة الحسية ظاهرا به (والثاني) أنه موضع الأساس ووجه الدخول دلالة اللفظ عليه بالانتماء ووجه عدمه عدم دخوله في معنى اللفظ والتفسير الثاني أصح والفائدة تظهر لو أنهم لم الحائط فهل يبقى الأس على الرهن أم لا انتهى وفي (جامع المقاصد) بعد نقل ذلك عنه الأصح على الأول الأول وعلى الثاني الثاني ويرد المصنف في النرس يشعر بأن المراد بالأس موضع الأساس إذ يبعد ترده في دخول بعض الجدار ولأن الموضع سيبه بالنرس وحكم في التذكرة وغاية المرام بعدم دخوله بناء أنه الموضع ولم يرجح في الإيضاح مع أنه فهم من الأس الموضع ﴿ قوله ﴾ ﴿ والنرس تحت الشجرة ﴾ حكم في التذكرة وغاية المرام بعدم دخوله رهنه قضية كلام جامع المقاصد ولم يرجح في الإيضاح ﴿ قوله ﴾ ﴿ والبن في الصرع ﴾ لا ترجيح في التذكرة والإيضاح وجامع المقاصد للتردد في أنه جزء نظرا إلى أنه من جملة رطوبات البلد وإن العادة قاضية بأخذه وكونه مطورا إليه بخصوصه فلا يكون داخلا في معنى اللفظ عرفا ومثله يأتي فيما لو باع شاة في ضرعها ابن وفي حواشي السيد أنه يدخل ﴿ قوله ﴾ ﴿ والصوف المستجز على ظهر الحيوان ﴾ بكسر الجيم لم يرجح في

وأغصان الشجر فطر والأقرب جواز إجبار الراهن على الإزالة ولو رهن ما يخرج بثمنه كقطعة من الباذنجان صح أن كان الحق محل قبل تجدد الثانية أو بعدها وأن لم يتميز على رأي (متن) الإيضاح وفي (التحرير وجامع المقاصد) أنه يدخل لكونه جزءاً حقيقة وإنما يخرج عن جزئيته بعد الانفصال واستقر به في موضع من التذكرة وهو قضية كلامه فيها في موضع آخر وفي (المبسوط وحواشي) الشهيد لا يدخل وقد تقدم أن المدار على العرف فإن حكم بالدخول والا فلا يظهر ما عليه الأصحاب **قوله** (وأغصان الشجر) لم يرجح في الإيضاح وفي (التذكرة والحواشي وجامع المقاصد) أنها تدخل والمراد بها ما كان من الأغصان يابساً أو جرت المادة بقطعة من سفن النخل وغيره وفي (حاشية الإيضاح) أن الرطب داخل بلا خلاف ولله إراد فيما لم تجر المادة بقطعة فأمل والأوراق كالأغصان وما انفصل منها غالباً كالذي انفصل منها غالباً (وقد يقال) أن الضابط أنه يدخل في الرهن ما يدل عليه مطابقة ونقصاً من لأجراء الحقيقة أو العرفية وما لا يمكن وجود المرهون إلا مصاحباً له وهو شرط وجوده كما إذا رهن السقف فإنه لا يمكن إفراده عن الخائط فيستحق المرهن مصاحبه له وأن لم يقل بحقوقه لأن الرهن للاستيثاق يتوقف على استمرار وجوده مملوكاً أو مملوكاً يسه ولا يتم إلا بذلك **قوله** (والأقرب جواز إجبار الراهن على الإزالة) هذا فيما لا يدخل في الرهن من المتجدد وغيره وما اختاره المصنف هنا خيرة التراجع والمختلف والإيضاح وعاية المرام وجامع المقاصد لأن إبقاءه في محل المرهون تصرف فيه وهو ممنوع كما لو وضع متاعه في الدار وتضرر الأصل بالثمرة لكن هذه يجب إزالتها عند انتهائها عادة كما في الإيضاح وعاية المرام وفي (المبسوط والتذكرة) أنه لا يجبر على إزالته كذا حكى عن المبسوط في المختلف والموجود فيه وفي التذكرة أنه لا يجبر على إزالته في الحال واحتجوا له فيما حكى عنه بالأصل ومنع أن مثل ذلك يد تصرفاً وقد يفرق بينه وبين المتاع بأن وضع المتاع منه فهو سبب في بقاءه بخلاف ما أتت به سبحانه وتعالى نعم لو كان ذلك بذل الراهن فإجباره على إزالته قوي ولا ترجيح في تلخيص وتحرير والكفاية وقال في (الدروس) ليس له الزامه بإزالته قبل حلول الدين لعدم تدميه فإن احتجج إلى البيع قلعه فإن يماضي توزيع الثمن ما تقدم في بيع الأمانة مع ولده (قلت) هذا الذي نحن فيه أما أن يكون من فعل الله جل ذكره كأن يحمل السيل أو الطير النوى إلى الأرض البيضاء فينت أو من فعل الراهن فإن كان الأول فإنه لا يجبر على قلعه في الحال لا يمكن أن يؤدي الدين من مكل آخر وهذا البقاء له لا منه فلا تصرف عرفاً فأدعت الحاجة إلى بيع الأرض فنقم ثمن الأرض لو بيعت وحدها بالدين ولم يقطع النخل فذاك وكذا لو لم تقربه إلا أن قيمة الأرض لم تنقص بما نبت فيها هيبتها وفيها الأشجار كقيمتها أيضاً وإن نقصت قيمتها بالإنجار ولم تق بالدين فله من قلعه ثبائع الأرض بيضاء إلا أن يأذن الراهن في بيعها مع الأرض فبأن يوزع الثمن عليها هذا إذا لم يكن الراهن محجوراً عليه بالأفلاس فإن كان كذلك فلا قطع تعلق حق الثمناء بها فباعتان ووزع الثمن عليها فنقصت قيمة الأرض بسبب الانسجار حسب نقصان عي الثمن لأن حق المرهن في أرض فورة وإنما منع من القلع زعاية جانبهم وأما إذا كان بفعل الراهن فإجباره على إزالته قوي كما صرح به جماعة وفي (التذكرة) أنه لا يجبر على القلع قبل حلول الأجل قلعه يقضى الدين من غيره فصل أطراف المنع من الإجبار والمجيز ليس في محله **قوله** (ولو رهن ما يخرج بثمنه صح أن كان الحق محل قبل تجدد الثانية أو بعدها وأن لم يتميز على رأي)

ويقدم حق المجني عليه وان تأخر على حق المرتهن فيقتص في العمد أو يسترق الجميع أو مساوي حقه فالباقي رهن وفي الخطاء ان فكاه مولاة فالرهن بحاله وان سلمه فالمجني عليه استرقاقه ويبيع مايساوي حقه فالباقي رهن (متن)

لا اشكل ولا بحث في الجواز حيث لا يحصل الاشتباه كما في جامع المقاصد والمسالك لوجود المتضي وعدم المانع اما مع الاشتباه وعدم التمييز ففي المبسوط والتذكرة في موضع منها انه لا يصح الرهن لتعذر الاستيقا بسبب عدم التمييز ولانه لا يصح بيعه عند الاجل لجهله فلا يصح رهنه ويرد على الاول انه يمكن الاستيقا بالصلح على ان حصوله غير مقطوع به لا يمكن التخلف وان الراهن قد يسمح برهن الجميع أو يتقنان على قدر الرهن فان لم يحصل ذلك كله كان القول قول الراهن مع اليقين (ويرد) على الثاني ان المتبر اجتمع الشرائط وقت الرهن وهي حاصلة وصحة البيع لو سلمت شرطيتها فالعشر منها ما كان عند انشاء الراهن لانه وقت اعتبار الشرائط وهي حاصلة ايضا واطبق المتأخرون ممن تعرض للفرع على الصحة ومما صرح فيه بها الشرائع والتحرير والارشاد والايضاح والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان فيكونان شريكين اما الصحة فلما عرفت من كونه عينا مملوكة صالحة للبيع واخذ الدين منها من غير مانع كسائر الاموال ووجه الشركة وجود موجبها وهو المزج مع عدم التمييز فحكمه حكم سائر المشتركات كذلك هذا اذا وقع المزج وعدم التمييز بمد القبض واما لو وقع قبل القبض فالاقرب الفسخ والبطالان كما نبه عليه في الدروس وقال في (المبسوط) اذا اشترطا قطعه اذا حدث البطن الثاني صح الرهن **قوله** **﴿** ويقدم حق المجني عليه وان تأخر على حق المرتهن **﴾** كما في الشرائع والتذكرة والارشاد والدروس والمسالك ومجمع البرهان وهو أقوى المبسوط والخلاف والتحرير وجامع المقاصد لان المرتهن بدلا ولا بدل للمجني عليه لان حقه متعين في الرقبة وحق المرتهن متعلق بالرقبة وبذمة الراهن فلا يفوت حقه بفواتها ولان حق المجني عليه يتقدم على حق المالك فالاولى ان يتقدم على حق المرتهن الا ترى لو كان ملكا للمرتهن وجبى كان حق المجني عليه مقدما على حقه ولان حق المجني عليه أقوى ومن ثم كان له الاستيقا من دون مراجعة المالك وهذا الاخير انه يجري في العمد ولا يستثنى من ذلك الا ما اذا جنى على سيده خطأ لانه لا يثبت له على ماله مال فيبقى حق المرتهن بحاله كما يأتي **قوله** **﴿** فيقتص في العمد أو يسترق الجميع أو مساوي حقه والباقي رهن وفي الخطاء ان فكاه مولاة فالرهن بحاله وان سلمه فالمجني عليه استرقاقه ويبيع مايساوي حقه والباقي رهن **﴾** جناية العبد المرهون ان كانت قصا وأوجبت قصاصا فأمره الى ورثة المجني عليه فان اقتصوا بطل الرهن وكذا ان استرقوا وأن عفوا عنه بقي رهنها لان الجناية لا تبطل الرهن وانما تزامم عليه الحقوق وأن عفوا على مال فان بذله السيد بقي رهنها ايضا والا بيع العبد وبطل الرهن وان عاد الى ملك الراهن واز اوجبت قصاصا في الطرف ونحوه اقتص منه وبقي رهنها ايضا وأن اوجبت مالا في بعض صور العمد او في الخطاء مطلقا فالامر كما قرر من انه ان فداء السيد في رهنها وان استرق او بيع فان فضل منه شيء بقي كذلك والابطال الرهن ولو كان الواجب دون قيمة العبد ولكن تعذر بيع البعض وانتقصت القيمة به بيع الجميع والفاضل من السن عن احداية يكون رهنها كما لو اضطر الى بيع الرهن وقد ذكر ذلك كله في التذكرة والمسالك والميراث في المبسوط وغيره ولو انتكه المرتهن على

ولو جرح مولاه عمدا اقتص منه ولا يخرج عن الرهن وان قتله فلو ارث قتله والمفوض فيبقى رهنا ولو جرح خطأ لم يثبت لمولاه عليه شيء فيبقى الرهن بحاله ولو جنى على مورث المالك فله المالك القصاص أو الافتكاك من الرهن فيه وفي الخطاء مع الاستيعاب (متن)

ان يكون له الرجوع على الراهن وعلى ان يكون العبد رهنا على مال المالك والدين الاول جاز كما به عليه في الدروس وقضية كلام المصنف في المقام ان المسجن عليه في الطرف اذا كان الجاني رقا الخيار بين القصاص والاسترقاق على قدر حقه كلا أو بعضا وهو الموافق لاجماعهم وروايتهم في ان الجاني القاتل اذا كان عبدا كان لولي المجني عليه الخيار بين القصاص والاسترقاق فليكن كذلك في الاطراف ويان ذلك يطلب بما حرره في باب القصاص وهذا كله اذا جنى العبد بنير اذن السيد اما لو امره السيد بالخيانة فان لم يكن بميز أو كان اعجابا يمتد وجوب طاعة السيد فالجاني هو السيد وعليه القصاص وان كان في بسوط والتذكرة وكذا في تحرير ونسبه في جامع المقاصد والمسالك الى التذكرة وهو خيرة قصاص البسوط والشرائع والكتاب والمخالف الشيخ في الخلاف وابن ادريس في السررتر فسقطا فيما اذا كان صغيرا القود عن المأمير والأمر عن الاول لنقصه وعن الثاني لعدم قتله ولا يتعلق برقة "عبد شي" بل يبقى رهنا وان كان السيد معسرا كفي التذكرة وفي (البسوط) انه "حوط" واقتصر في التحرير على نقل ذلك عن الشيخ ~~وقوله~~ (ولو جرح مولاه عمدا اقتص ولا يخرج عن الرهن وان قتله فلو ارث قتله والمفوض فيبقى رهنا ولو جرح خطأ لم يثبت لمولاه عليه شيء فيبقى الرهن بحاله) قد ذكرت هذه الاحكام على سبيل الاجمال في (البسوط والشرائع والتذكرة والارشاد وجمع البرهان) وغيرها وتحريرها ان يقال اذا جنى العبد المرهون على سيده فلا تخلو جنايته اما أن تكون عمدا أو خطأ على النفس أو ماله فان كانت عمدا على مادون النفس مثل قلع العين وقطع اليد والاذن والخرج لم يفي فيه القصاص فلا يرد القصاص عليه لعدم ادلة القصاص ولانه يجب للزجر ولا انتقام ولعبد الحق. لزجر عن سيده بخلاف المظع في السرقة فان القمط يجب بسرقة مالا شبهة فيه والعبد له شبهة في مال سيده وهو غير محرز عنه في المادة فان أراد المولى استيفاء القصاص كان له ولا تبطل الرهانة الاستصحاب والقصاص لا يمنع الباقي عن الرهانة فلا يخرج عن الاستصحاب وان أراد المفوض على غير مال فكذلك وان اراده على مال في البسوط لا يصح ذلك لانه لا يجوز أن يثبت له على عبده مال قال وعلى هذا لو كانت الخذية خطأ كانت هدرًا مطلقًا ولم يجد من خالجه من اصحابنا وان كانت لجبة على نفس سيده عمدا كان لارثة القصاص فان اقتدوا بطل الرهن وفي (البسوط) كظاهر الكتاب انه ليس للوارث المفوض على مال قل لانه لا يستحق على ماله مالا وهذا العبد الورثة انتهى ولعله يباد على ان الدية إنما تحصل في ملك الورثة بعد الموت والعبد احتل اليهم بالموت أيضا لكن سيأتي ان جنى على مورثه ان الاصلح على ان الدية تتمثل الى المقتول في آخر جزء من اجزاء حياته وميتة يسمى انه بل عدم المفوض على مال "ثم" نكون واجبة عليه لسيده فلا يثبت له على ماله مال كما عرفت وايضا انه دقيق - ~~وقوله~~ (ولو جنى على مورث المالك فله المالك القصاص والافتكاك من رهن فيه وفي الخطاء مع الاستيعاب) كفي (البسوط والشرائع والارشاد وحواشي الكتاب والدروس وجمع المقاصد والمسالك) نصريح وفحوى والغرض من العبارات وما كان على نحوها ان ذلك اذا

قالباقي رهن (متن)

(م - ٢٥ - مس - مفتاح الكرامه)

يقتضي القيمان ويختلف الحقتان واختلاف الحقين اما بالجنس أو القدر أو بهما وأما بالحلول والتأجيل أو بالتأجيل مع التفاوت في الأجل أو يعكس الامر بأن يقتضي الحقتان ويختلف القيمان (إذا عرفت هذا) فان لم يكن رهنا كان لسيده أن يقتص منه لان العبد كفو العبد كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والقرووس الا أن يكون المقتول ابن القاتل كما في التلثة الاخيرة وقد اتفقت الاربعة على انه ليس له أن ينفو على مال يبيع العبد الموهون ويقتص منه هذا اذا كانت الجناية عمدا وان كانت خطأ لم يثبت المال وكانت هدرا ويبقى العبد القاتل رهنا وان كان العبد المقتول رهنا عند غير مرتبه الجاني وقد قتل عمدا كان للسيد القصاص أيضا كما في الكتب الاربعة لان حق القصاص مقدم على حق المرتبه لان ما أوجب المال مقدمه فاقصاص أولى وكان السيد أيضا أن ينفو على مال لحق المرتبه لانه بنفسه لو جنى على عبده المقتول وجب عليه أرش الجناية فبالأولى أن يثبت على عبده فيتعلق للمال حينئذ بركة "عبد حق مرتبه المقتول كما في الكتب الاربعة وجامع المقاصد أيضا وان عفى على غير مال أو عفى مطلقا قبل ثبت المال فيه قولان فمن قول ان جناية العمد توجب القصاص ويثبت المال بالعفو كما هو مذهبنا كما في التذكرة صح العفو على غير مال ومطلقا ولم يكن مرتبه مطالبته بالعفو على مال لان اختيار المال ضرب من الاكتساب والراهن لا يجبر على ذلك لحق المرتبه ومن قال ان الواجب أحد الأمرين اما القصاص أو الدية فإذا عفى عن القصاص ثبتت الدية فلا يصح العفو عن القصاص على غير مال وعفوه حينئذ كفو المحجور عليه بفاس كما عرّج به في (التذكرة) فكل موضع يصح فيه العفو من المحجور عليه وهو حيث لا يكون العفو عنه ما لا يصح ومالا فلا وحينئذ فلا بد في صحته أي العفو من وقوع العقد على الدية ثم ان ما ذكره في التذكرة من أن مذهبنا ان جناية العمد توجب القصاص والمال انما يثبت صنفا انما هو بالنسبة الى الاحرار وأما العبد فانه اذا قتل الحر كان الولي من أول الامر مخيرا بين استرقاقه وقله قولا واحدا والاظهر انه كذلك في الاطراف وكيف كان فما نحن فيه ليس من هذا التبيل ثلثة من جيد جد وان كانت الجناية خطأ وحسب المال ومهما وجب المال بالعفو أو كانت الجناية خطأ أو عمدا يوجب المال ينظر فإن كان الواجب أكثر من قيمة القاتل أو ممتلكها فقد قل الشيخ في المبسوط انه يباع لانه ربه رغب فيه رغب فيفضل من قيمته شيء يكون رهنا عند مرتبه وقال بعض العامة انه ينتقل الى يد مرتبه الجاني عليه رهنا وينفك من رهن مرتبه واحتمله في التحرر لانه لا قائدة في بيعه والاول أولى كما في التذكرة لان حقه في ماله العبد لافي العين وهو منه ذ لم يجر "يهن عليها وانما تعلق به حق مرتبه المقتول بسبب الجناية وان كان الواجب فيها أقل من قيمته فعلى الوجه الذي ينتقل من التماثل بقدر الواجب الى مرتبه القاتل وعلى الاول يباع منه قدر الواجب ويبقى الباقي رهنا فان تعذر بيع البعض أو قصص بالتشقيص بيع الكل وجعل الزائد عن الواجب عند مرتبه القاتل قال في (التذكرة) وهذا الوجهان انما يظهران فيما اذا طلب الراهن القتل وطلب مرتبه القاتل لبيع فحق وجه يجب هذا وفي وجه يجب ذلك اما اذا طلب الراهن البيع ومرتبه المقتول لنفسه فله وجه يجب به من لا حقه له فيه في عينه (واعترضه) في جامع المقاصد بانا قد قول على الوجه الثاني يجب مرتبه المقتول في نفسه لانه ان تم دليه وهو ان البيع لا قائدة فيه فينفك من رهن الاول ويتعلق به حقه تيمت اجابة وما عطف به من انه لا حقه له في عينه وعود دليل الوجه الاول ان تم اقصى ترجيح الاول على الثاني ولو تفق الرهن والمرتهنان على احد (الفعاين خ ل) الثقلين تعين ولو اتفق

الراهن ومهرتهن المقتول على القتل فمقتول الجاني على ما حكى عنه انه ليس لمهرتهن القاتل المناقشة فيه
 وطلب البيع ومقتضى دليل الاول ان له ذلك كما ذكر ذلك كله في التذكرة وان كان العبد المقتول
 رهنا عند مهرتهن العبد المجاني واختار المالك الفروع على القية وتسلت برقة المجاني أو كانت خطأ على
 ما سبق فلمهرتهن أن يتوثق لدين القتل بالقاتل حيث يأتي له ونحصل له فائدة (وتفصيل) ذلك أن يقال
 انه اذا انحدر الحق فالجناية هدر اذا لا توثق ولا فائدة فيموان تحدد فان تساوت القيتان وتساوى الحقان
 قدرا وجنسا فالجناية هدر كذلك لما ذكر الا ان يكون دين المقتول اصح واثبت من دين القاتل كأن
 يكون مستفرا ودين القاتل عوض شيء يرد بسبب 'و صديق قبل الدخول فيحصل منه وعنده ومع القتل
 يباع ويكون الثمن رهنا او يتقاعا على التبعة كما نبه على ذلك كله في المبسوط والتحرير وفي (التذكرة) موضحا
 المقاصد ان الاصح ثبوت قتل التوثيق فيباع ويقام عنه مقام القتل أو يقام عنه مقامه على الوجهين السابقين
 وقال في (التذكرة) لو اتفقا على البيع فلا بحث ولو تساوى الدينان في الاوصاف وحكما بعدم القتل
 فقال المهرتهن اني لا آمنه فقد جنى فيمويه وضموثمه مكانه فالاقرب اجابته دفعا لاحتمال الضرر عنه
 وواقفه على ذلك في جامع المقاصد وان تعدد الدينان واختلفا بالحلول والتأجيل صح للمهرتهن أن يتوثق
 لدين المقتول بالقاتل لانه ان كان الحلال دين المقتول قد يريد استيفائه من ثمنه في الحلال وان كان
 الحلال دين القاتل قد يريد الوثيقة للموكل ويطلب الراهن بالحلال في الحلال ومثله لو كانا مؤجلين وأحد
 الاجلين أطول وان اتفقا حلولا وتأجيلا فاما أن يتقاعا جنسا وقدرا أو يختلفا فان اتفقا واختلف العبدان
 في القيمة وكانت قيمة المقتول أكثر فالجناية هدر لا تنافا الفائدة كما لو تساويا كما مر وان كانت قيمة
 القاتل أكثر قل منه قدر قيمة القتل الى دين القتل وبقي الباقي رهنا بما كان وان اختلف الدينان
 قدرا لاجنسا فان تساوت قيمة العبدان أو كان القتل أكثر قيمة فان كان المهرهون بأكثر الدينين
 القتل فله التوثق بالقاتل لان التوثق لا أكثر الدينين في نفسه فائدة مطلوبة بخلاف ما لو كان القتل
 مهرهونا بأقله فلا فائدة في القتل حينئذ وان كان القتل أقل قيمة وكان مهرهونا بأقل دينين فلا فائدة
 في القتل وان كان مهرهونا بالأكثر قل من القاتل قدر قيمة القتل الى الدين الأخير (الآخر خال)
 ويبقى الباقي رهنا وان اختلف الدينان في الجنس فهو كالاختلاف في القدر أو الحلول والتأجيل كما نبه
 عليه في المبسوط والتحرير وصرح به في التذكرة وجامع المقاصد وقد جزم في التحرير في هذه المواضع
 بالبيع وجعل الثمن رهنا ولم يلتفت لاقامة العين أو بعضها مقام القتل ونحوه ما في المبسوط ولمسه لانه
 انما تعلق الارش لحقه لا امتناعه لولا ذلك فله حينئذ تحصيل الارش بيبعه خصوصا اذا حصلت فائدة
 أخرى بالنسبة الى الدين الآخر بأن يطلبه طالب بزيادة لكن هذا انما يدل على انه له بيبعه كما في الكتاب
 وهو المراد من عبارة التحرير قطعا وان أومر ظاهرها خلاف ذلك (اذا عرفت) هذا فقد أتى عبارة
 الكتاب فمضى قوله فكمولاه انه يقتض من في العمد وتغريع تبوت قتله للمولى على المستثنى قد قال
 في جامع المقاصد انه غير جيد لان هذا ثابت على كل حال وأنت خير بأن المقصود بالذات في التفرع
 انما هو الفروع على مال المكونه محل خفاء فذكر القتل تمهيدا له والمراد بقوله كمنه المحجور عفا المحجور
 عليه بالفلس ومعنى قوله ولو أوجبت ارشا فللثاني أن الجناية لو كانت خطأ بحيث توجب الارش خلق
 الرهانة فيه للمهرتهن الثاني حيث ان الجناية مضبوطة لحقه فيتمتلك الارش المذكور برقة القاتل وبيتهن
 به حقه وقوله ولو انحدر المهرتهن وتغاير الدين فله بيبعه وجعل ثمنه رهنا بالدين الآخر لا يخلو من مناقشته

وتعلق الرهن بالقيمة لو أتلفه المرتهن أو أجنبي (وكذا لو أتلفه الراهن خ) ولا يتعلق بها الوكالة ولو صارت البيضة فرخا والحب زروعا فالرهن بحاله وإذا لم الرهن استحق المرتهن ادامة اليد (متن)

لان إطلاق البيع بمجرد الظاهرة غير متجه لما عرفت مع قصوره عن تأدية أحكام المسئلة التي ذكرها في التذكرة والتحرير ومثل عبارة الكتاب عبارة الدروس قال ولو اختلف الدينان جاز قل ما قابل الجناية بدلا من المجني عليه لمرتهن انتهى قائل ومعنى قوله وفي الخطأ مع الاستيعاب والمقابل مع عدمه والباقي رهن انه اذا جنى خطأ فلحكم فيه كالحكم في العمد اذا عفى المولى على الدية اذا استوعبت الجناية فتدني جميع الأحكام السابقة والظاهر أن قوله مع الاستيعاب قيد فيهما أي العمد والخطأ لاني الخطأ وحده لا لاجابة العمد قد لا تستوعب وان (١) المرتهن يبيع مقابل الجناية مع عدم الاستيعاب وعن الشيد في بعض حواشيه ان هذه الزيادة متروكة في بعض النسخ وأما أولى بالترك هو قوله يزرع - ويتعلق الرهن بالقيمة لو أتلفه مرتهن أو أجنبي وكذا لو أتلفه الراهن - لان معنى الرهن الاستيفاء فانه يستوفي الدين من قيمته فان جرى عليه شيء بحيث يكون له عوض يكون ذلك هو الرهن وكما في أي اتيته صات ملكا لك تكون رهن للمرتهن وان كان العقد انما جرى على العين وكان الحكم جاعلي اذ لا نجد فيه خلافا وكذا لو جنى عليه أي المرهون فوجب الارش فانه يكون رهنه كالأصل وليس من الزوائد لانه بدل جزء من المرهون وفصل الراهن عن المرتهن والاجنبي لا يفتنى وجهه - قوله - ولا يتعلق بها الوكالة - لا يتعلق الوكالة في بيع العين بالقيمة بل تبطل لانها كانت في العين دون قيمتها ولا دليل على تعلقها بها بخلاف امساك المعدل لانها بدل الرهن وله امساك الرهن وحفظه القيمة قائمة مقامه - قوله - ولو صارت البيضة فرخا والحب زروعا فالرهن بحاله - كما في اشترائع وغيرها لان هذه الاشياء نتيجة له ومادتها له فلم تخرج عن ملكه بالتغير والاستعدادات المتجددة صفات حصلت فيها وحصل بسببها استعدادات مختلفة لتكوينات متعقبة خلقها الله تعالى فيها ووهبها له قلت هنا مسئلتان (الاولى) انها تبقى على ملك المالك وهذه التغيرات لا تفيد التنازل ملكا كما هو خبر الشيخ وجماعة من العامة تزيلا للعين منزلة التالف فقاينه ضمان المثل واقية وهو ضعيف جدا والجمهور منا على خلافه وفي (مجمع البرهان) الظاهر عدم الخلاف فيه وكأنه لم يطلع على خلاف الشيخ لانهم يذكرون المسئلة في باب الغصب ويدل عليه رواية عقبة بن خالد قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلي ما أنفقت أله ذلك أم لا فقال للزارع زرعه والله حب الأرض كرى أرضه والشجرة تجبر السند والدلالة (والمسئلة الثانية) كون الفرخ أو الزرع رهنه - ما كان الحب رهنه عليه وهذا أيضا كانه مجمع عليه اذ لا يخالف لما أشرفنا اليه من أن الزرع في حب كالمعين في الحيران فلا مانع وان قلنا ان الماء لا يدخل في الرهن على ما مر يانه (وقد يقال) أن متد الحب من زرع يكون رهنه ويكون شركا كما لو امتزج فليتأمل - قوله - وإذا لم الرهن استحق المرتهن ادامة اليد - هذا يوافق أن القبض شرط في صحة الرهن وقد سبق للمصنف

(١) عصف على قوله انه اذا جنى (منه قدس سره)

وعلى الراهن مؤنة المرهون وأجرة الاصطبل وعلف الدابة وسقي الاشجار ومؤنة الجذاذ من خاص ماله ولا يمنع من القصد والحجامة والختان ويمنع من قطع السلع (متن)

التردد في ان المرتهن مطالبة الراهن بالقبض فيؤول بما في جامع المقاصد بأن يراد باستحقاقه ادامة اليد أصل الاستحقاق وان كان غير تام فن الحق في ذلك لكل من الراهن والمرتهن ولهذا لا يجوز لاحدهما الاستقلال باثبات اليد عليه انتهى وكأنه غير متجه على شيء من الاقوال الثلاثة أو القوانين ولا على شيء من الوحيين في بيان الاشكال السالف على اختلاف الاحتمالات والاقوال وقد سلف للمصنف في مقام آخر أن الراهن لا يجبر على الاقباض فلا بد من مراجعة ما حررنا في أوّل الفصل الخامس في القبض فانا قد أسبقت الكلام في أن له المطالبة أم لا وهل يجب اجابته أم لا وبيننا الحال في ذلك على جميع الاقوال والاحتمالات **قوله** ﴿ وعلى الراهن مؤنة الرهن (لرهون خ ل) ﴾ حيوانا كان أو غيره كما في (المبسوط) وغيره وقد تقدم (وهو خ ل) وكأنه مما لا خلاف فيه والوجه فيه ظاهر لانه المالك لما رواه العمة عـ على الله عليه وسلم الرهن من راهته له غنمه وعليه غرمه ومن طريق الخاصة لظن يركب اذا كان مرهونا وعلى الذي يركبه نفقة والبر يشرب اذا كان مرهونا وعلى الذي يشربه نفقة وقد قلنا ان المرتهن ممنوع من التصرف وان المنافع للرهن فتكون نفقته عليه وهل يجبر على هذه النفقة الظاهر ذلك وللشافعي وحران ثانيهما انه لا يجبر بل يبيع القاضي جزءا من المرهون بحسب الحاجة وانه يلحق بما يفسد قبل الأجل **قوله** ﴿ وأجرة الاصطبل وعلف الدابة وسقي الاشجار ومؤنة الجذاذ من خاص ماله ﴾ هذه كلها داخلة في المؤنة ولكنه أراد التخصيص عليها وفي (المبسوط) والتحرير والدروس) وغيرها ان له رعي الماشية ومن خاص ماله قيد في الجمع وقد خالف أبو حنيفة في أجرة الاصطبل والبيت وأجرة من يرد العبد من الابق وما أشبه ذلك **قوله** ﴿ ولا يمنع من القصد والحجامة والختان ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وغيرها وقيد الختان في حواشي الكتاب بكونه في ازمان المعتدل وان لا يحمل الحق قبل برئه ولا يحصل بذلك قص في الثمن قال فله المنع حينئذ ولا يجبر الراهن عليها وكذلك الثالث في المداواة بالادوية التي لا خطر فيها كما في المبسوط والدروس وجامع المقاصد والمسالك ولا يمنع من انزاء الفعل المرهون ولا من الانزاء على الاثني غير الآدمية عند الشيخ في المبسوط ومنع منهما في التحرير والدروس وحواشي الكتاب وجوز له في التذكرة ما فيه مصلحة قال ولا يجوز للمرتهن منعه ولا يجبر الراهن على ذلك ونحوه ما ذكره الشهيد ورجع العباس والصيمري والشهيد الثاني حيث قالوا يجوز بما يعود به النفع على المرتهن ان لم يؤد الى النقص وقد تقدم الكلام في ذلك في الكلام على منعها من التصرف حيث استثنى ذلك وقلنا هناك قد يؤول بحصول الاذن في ذلك بالفحوى لكنه خرج عن القرض فليراجع وقد طفت عارثهم بأن له تأخير النخل كالشيخ والمصنف والشهيدين (وأبي علي خ ل) والصيمري وغيرهم **قوله** ﴿ ويمنع من قطع السلع ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والدروس وغيرها (قلت) المدار على ظن السلامة مع النفع والمصلحة وفي (التحرير) لا يجوز للرهن ضرب الجارية للتأديب وغيره الا باذن المرتهن وفي (المبسوط) اذا ضربه باذنه ومات لم يضمن وان لم يأذن ضمن ويجب أن يقيد هذا بالتأديب المختص بجواره

ولو رهن الناصب فلهالك تضمين من شاء ويستقر على الناصب وكذا المودع والمستأجر والمستعير من الناصب هذا ان جهلوا ولو علموا لم يرجعوا عليه وأحكام الوثيقة كما كتبت في الرهن تثبت في بدله الواجب بالجناية على المرهون والخصم في بدل الرهن الراهن فان امتنع فالأقرب ان المرتهن أن يخصم (متن)

بالمولى لا مطلقا لان الامر بالمعروف واجب عموما **قوله** ولو رهن الناصب فلهالك تضمين من شاء ويستقر الضمان على الناصب وكذا المودع والمستأجر والمستعير من الناصب هذا ان جهلوا ولو علموا لم يرجعوا **قوله** العالم من هؤلاء الاربعة بالنصب غاصب يرجع المالك عليه ان شاء ويستقر الضمان عليه اذا تلف في يده وكذلك الحال في المضارب والوكيل في يمينه وأما الجاهل منهم فلا يستقر عليه ضمان اذا تلف في يده الا المستعير اذا كانت العارية مضمونة بالأصل كالذهب والفضة أو بالشرط لان الجاهل منهم دخل على انه غير ضامن وان العين أمانة في يده والمغرور يرجع على من غره كما سيصرح به في باب النصب وأما المستعير عارية مضمونة فقد دخل على الضمان وقد استقر التلف في يده فيستقر الضمان عليه وقد يحتمل ضعيفا الدم لغروره وليس بشيء لان الضمان غير ناش عن النصب بل عن كونها مضمونة كما هو ظاهر وأما حال الجاهل منهم باعتبار رجوع المالك عليه فظاهر منهم في غير موضع كما تقدم مرارا وكما يأتي في باب النصب ان الرجوع عليه وبه صرح جماعة كالحقق الثاني في باب العارية وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال في المقام الحق عندنا نعم لكن ظاهر الكتاب في باب العارية انه لا يرجع على الجاهل منهم قال ولو استعار من الناصب عالما بالنصب فلهالك الرجوع على من شاء بالاجرة وارش النقص والقيمة لو تلفت ويستقر الضمان على المستعير ومع الجبل يضمن الناصب الجميع الا ان يكون ذهابا أو فضاة انتهى وقد تأول كلامه في جامع المقاصد بان المراد ان مع الجبل يستقر الضمان على الناصب وليس المراد انه ليس له الرجوع عليه والمودع في المبرة بفتح الدال **قوله** وأحكام الوثيقة كما كتبت في الرهن تثبت في بدله الواجب بالجناية على المرهون أي فيكون رهنا كالأصل فيجعل في يد من كان الأصل في يده من المرتهن أو المثل وهل يكون رهنا من حين ثبوته أو بعد تعيينه احتملان لثاني انه قبل التعيين دين والدين لا يكون رهنا فاذا تعين صار مرهونا والحالة المتخللة كتخيير العصير وتخلقه بعد ذلك وللاول ان المسلم انه لا يرهن انما هو الدين ابتداء وقد اطلق في المبسوط وغيره ان بدل الرهن رهن وقد سبق مثل هذا واعاده لكونه انص واشمل مع ما فيه من التمهيد **قوله** **قوله** (والخصم في بدل الرهن الراهن) ثم لا أجد فيه خلافا حتى من العامة اذا لم يتمتع عن المحصومة لانه هو المالك لرقبته والارش ملكه وليس للمرتهن الا حق الوثيقة فان احب المرتهن ان يحضر خصومته كان له ذلك وذا قضى للرهن بالارش تعلق به للمرتهن حق الوثيقة وكذلك ان عبد المستأجر رهن المودع الخصم فبيها ذلك **قوله** **قوله** (ان امتنع فالأقرب ان للمرتهن أن يخصم) كما في التذكرة والايضاح وجمع المقاصد لان حقه متعلق به كما لو كان الجاني سيده فكان له الطلب به والوصول الى تحصيله ولما في منعه من ذلك من ضرر وقد يظهر من المبسوط والتحرير عدم لانتفاء كونه ماسكا فلا يستحق المطالبة (وقد يقال) ان المدا في استحقاق المطالبة على ثبوت الحق

ولو نكل الغريم حلف الرهن فان نكل قتي احلاف المرتين نظر فان عفا الرهن فالاقرب
أخذ المال في الحال لحق المرتين فان اتمك ظهر صحة العفو والا فلا (متن)

وهو اعم من الملك ومثل امتاعه ما اذا كان غائباً او اخر المطالبة ﴿قوله﴾ (ولو نكل الغريم
حلف الرهن) اذ اردت اليقين عليه قولاً واحداً ﴿قوله﴾ (فان نكل قتي احلاف المرتين
نظر) وفي التذكرة للشافعي قولان كما في بين الغريم اذا نكل الوارث وفي (التحرير والايضاح وحواشي
الشهيد وجامع المقاصد) انه لا يجوز له ان يحلف لان بين شخص لا يثبت مال غيره مما اجمع على عدم
شرعيته فالتوصل الى حقه ان يسوغ حيث تكون الوسيلة جائزة شرعاً وفاق بينه وبين استحقاق
المطالبة لعدم المانع من الثاني وعدم توقفه على شيء بخلاف الاول ووجه الجواز ان حقه متوقف على
اليقين وبدونه يلزم الضرر بضياعه فيجوز له اثباته باليمين وقد ظهر وجه ضعفه ﴿قوله﴾ (فان
عفى الرهن فالاقرب اخذ المال في الحال لحق المرتين فان اتمك ظهر صحة العفو والا فلا) قل في
(التذكرة) ان عفى الرهن لم يصح عفو فيه قول ان العفو موقوف ويؤخذ المال لحق المرتين فان
اتمك برد الى اجاني وبان صحة العفو والا بان بطلانه انتهى وقد اختاره هنا واستدل عليه في (الايضاح)
بان فيه جمعاً بين الحقين وبانه لا مانع الا لحق المرتين فاذا اتمك اتمى المانع ثم بين وجه قول المصنف
ظهر صحة العفو بان الامور العدمية لا توصف بانها موقوفة بل تكون مراعاة وما يدل على صحتها
ككشف والكشف هو دليل على سق العلة المؤثرة التامة واما الموقوف عليه فهو من تمام العلة اعني
علة الصحة او اللزوم (قلت) نذر الاعداء المتقرب بها اذا كان معفا كانت موقوفة ومتأدية علة الصحة
اجازة المالك عقد الفضولي بناء على انها ناقلة ومثال اللزوم اسقاط ذي الخيار خياره وحاصل كلامه
بان الفرق بين المرامي والموقوف بان المرامي يكون وجود ما يتوقف عليه الحكم به كاشفاً عن صحته
في نفس الامر حين وقوعه والموقوف يكون وجود الموقوف عليه الحكم سبباً فالامور العدمية يمتنع ان
تكون موقوفة والعفو عديمي لان المقصود منه الاسقاط وهو اعدام ما في الذمة فيكون مرامي انتهى
فليلاحظ ذلك وليأمل فيه وقد عبر في التذكرة بأن العفو موقوف وقد تقدم لنا في الفصل الثالث في
العاقبة في اوائل الكتاب مانه منع في المقام وصف استدلال الايضاح في جامع المقاصد بانه لم يتحقق
ثبوت حق للجاني الى الآن ليجمع بينه وبين حق المرتين ومانية حق المرتين من صحة العفو فتقضي
بطلانه وقت انشائه فكيف تنكشف بعد صحتها في حال وجود المانع واورد على ما ذكره من تفسير معنى
المرامي والموقوف ورتب عليه ان العفو مرامي ان يكون سبباً تاماً اولاً فان كان لاول لم اما
تأثيره مع وجود المانع او بطلانه وان كان الثاني لم كونه موقوفة انتهى (قلت) قد رتب في عقد
الرهن على الرهن ثم اتمك (فتكه خ ل) ان الاقرب لزوم العقد ووجهه بان الثاني بسبب تمام غاية
ما في الباب ان المانع موجود وهو لا يخل بوجود السبب اتمام من الرهن الذي هو المال وعوينا في
ما هنا ثم ان قضية ذلك ان لا يصح عتق الرهن اذا اتمك الرهن بعد ذلك كما هو خيرة الشهيد وغيره
لكن الظاهر ان اكثر المتأخرين على النفوذ لانه مبني على التغليب فيخرج بذلك عن ذلك ويبقى
الحكم هنا هو البطلان لوجود حق المرتين المتأني لوقوع العفو وقد استوفينا الكلام في امتق ونسب
من الايقاعات والمقود اذ وقعها الرهن وتتمها الفات ولا جزة ونه من يفرق لا وهل

ولو أبرأ المرتهن لم يصح والا قرب بقاء حقه فان الإبراء الفاسد يفسد ما تضمنته كما لو وهب
الرهن من غيره ولو اعتاض عن الدين اوقع الرهن (متن)

يفرق فيها بين ما تعقبه الفك وبين ما تعقبه الاجازة في اوائل الفصل الثالث في العاقد فليرجع اليه من
اراد الوقوف عليه عند شرح قوله ولو باذر احدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفا الى آخره وحكي
في الايضاح عن المصنف وجها ثالثا وهو صحة العفو وأنه يضمن الراهن للجاني مع عدم الفك لان
ماله ذهب في قضاء دينه فله غرامته كما لو استمارة للرهن واستغربه المحقق الثاني وهو كذلك
وكيف كان فالاصح فيما نحن فيه بطلان العفو وأنه له اخذ المال في الحال كما هو خيرة التذكرة كلعرفت
والتحريير وجامع المقاصد ويبغي لكل من قال يبطلان عتق الراهن فيما سلف ان يقول به هنا بالاولى
لان حق المرتهن متعلق بالعين وارثها وبذلها والراهن ممنوع من التصرفات التي تنافي ذلك لكن
الاوفق بالقواعد والموافق لما سلف لنا ان العفو يقع موقوفا اي مراعى كما هو الشأن في العقود
والايعات وربما احتل علم جوار اخذ المال في الحال وهو خلاف الاقرب في كلام المصنف لان
العفو عنده لا يقع باطلا بل مراعى كما عرفت فاذا وقع العفو ربما نفذ في الواقع وان لم يظهر لنا لتوقف
الاكتشاف على الاتفكك وعدمه فكيف يؤخذ حق بمقتضى ان لا يكون ثابتا في الواقع وضعفه ظاهر لان
المطلوع به لا يدفع بالمختل اذ حق المرتهن مقطوع به فكيف يترك لأمر محتمل هذا على تقدير علم
بطلان العفو والمراد بالمال في عبارة الكتاب ما اوجبه الجناية او الائتلاف **قوله** (ولو أبرأ
المرتهن لم يصح) قولا واحدا لانه ليس بمالك للأرض فكيف يبرأ منه وصيته ان يقول استقطت
الأرض وابتعت منه او يقول ابرأتك بما في ذمتك وهذا اوفق بلفظ التضمن الذي يأتي في كلام
المصنف وعلى الاولين يكون اطلاق التضمن على المجاز والتوسع لان سقوط حقه لازم لصحة الإبراء
قوله (والاقرب بقاء حقه فان الإبراء الفاسد يفسد ما تضمنته كما لو وهب الرهن من غيره) كما
هو خيرة جامع المقاصد لان الإبراء فاسد قطعا وقد تضمن سقوط حقه لامتناع بقاء حقه مع صحة
الإبراء فيثبت وقع التضمن فاسد فالتضمن كذلك اذ لا يثبت التابع من حيث هو تابع مع انتفاء
متبوعه كما هو الشأن فيما اذا وهب المرتهن المرهون من انسان قليلة باطلة والرهن باق ولأن سقوط
حقه ما ان يثبت بتصرحه والمفروض انه لم يصرح او باتبات علقه كقوله صلى الله عليه وسلم ايقص
اد حبة من هذه متفية عني ابراء مرتهن لانه باطل او باتبات ملزومه كقوله اعتق عبدك عني فانه
يستلزم الملك ولا ملزومه وفي (التذكرة والتحريير) ان لا قرب سقوط حقه من الوثيقة بهذا الإبراء
ويخلص المأخوذ لرهن كما لو صرح باسقاط حق الوثيقة لان الإبراء اذا اقتضى امرين قدامت مع صحة احدهما
لما منع فان الآخر يصح اقتضارا بطلان على موضعه ولان ابراءه ابلغ في اسقاط حقه من الصيغة المصرحة
به لانه حكم بنفي ائمة والحكم بنفي ائمة ابلغ في نفي المملوك وهو تعلق حق الرهانة به من الحكم بنفيه خاصة
من دون الحكم بنفي عتقه لانه استدلال بالائمة على التعليل وكان لما ولعله مال اليه او قال به في
الايضاح وأت خيرة بن ذلك كذلك اذ كان الإبراء صحيحا وفي (جامع المقاصد) انه ضعيف
قوله (ولو اعتاض عن الدين بطل الرهن) بطل الرهن بالقضاء والإبراء والحوالة والضمان
والاقالة المسقطه لشئ المرهون به واسلم فيه المرهون ويفسخ الرهن منه ومن المرتهن وحده وبتلف

ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا بالثاني على اشكال أقربه ذلك ان شرط كون الرهن رهنا على الدين وعلى كل جزء منه (متن)

المرهون بأقة سماوية ﴿ قوله ﴾ ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا بالباقي على اشكال أقربه ذلك ان شرط كون الرهن رهنا على الدين وعلى كل جزء منه ﴿ لو أدى بعض الدين او ابرأه هو منه بقي كل المرهون رهنا بالباقي لان الرهن رهن على الحق وعلى كل جزء منه نظرا الى غالب الوثائق فان الاغلب تعلق الاغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن كما هو خيرة لمسوط والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس وظاهر السرائر وفي (المسوط) الاجماع عليه (وقد يحتاج) عليه بعد الاجماع وهو الحق ان التقسيط يقتضي انه اذا تلف جزء من المرهون لا يبقى (الباقي خل) الرهن رهنا على الكل بل على جزء يقتضيه الحساب وهو باطل قطعا فكان الشأن فيه كما هو الشأن في حق الحبس وعق المكاتب فانه يبقى ما بقي شيء من الثمن ولا يستقيم المكاتب شيء ما بقي المال وكان للحق الثاني والمولى الخراساني مترددان حيث لم يرجعنا شيئا واختار المصنف هنا وولده في الايضاح التوزيع والتقسيم وقد حكاه الشهيد في حواشيه عن خط المصنف ومال اليه صاحب المسالك لان رهن المجموع بالمجموع يقتضي مقابلة الاجزاء بالاجزاء اذ لا يظهر من مقابلة الجملة بالجملة مقابلة الجملة بالاجزاء كما هو مقتضى كل معاوضة كالبيع ونحوه فاذا برأ من بعض الدين يفتك من الرهن بحسبه فمن النصف النصف ومن الثلث الثلث وهكذا لان اطلاق المقابلة بين الامرين يقتضي ذلك (وفيه) بعد مخالفة الاجماع المقول انه بشكل بما أشرنا اليه آتفا من انه اذا تلف جزء من المرهون أن لا يبقى الباقي رهنا على مجموع الدين بل على جزء يقتضيه الحساب وهو باطل اجماعا (وقد يجاب) بما ذكرناه في توجيه الاحتمال الاول من تعلق الفرض باستيفاء الدين كله من الرهن فرجعه الى دلالة العرف على هذا المعنى فيصير حاصله انه يفتك من الرهن مقابل ما أدى من الدين فاذا تلف مثلا نصف الرهن بعد الاداء لمقابلته كان نصف الباقي رهنا ونصفه طلقا ولا كذلك لو تلف نصفه قبل أداء شيء من الدين فان الباقي كله رهن على جميع الدين وهذا قول لم يذكره الشهيد في الدروس وهناك احتمال ثالث سبه في المسالك الى المصنف في القواعد وقد يلوح من أول كلام الايضاح انه خيرة الكتاب لكنه في آخر كلامه صرح بما حكيناه عنه وفهمناه من عبادة الكتاب لكن الشهيد في الدروس لم يذكر الا هذا الاحتمال ولا احتمال الاول وظاهره ان في المسئلة قولين لا غير عكس ما في جامع المقاصد حيث لم يتعرض له أصلا وانما ذكر الاول والثاني (وكيف كان) فهو أن الرهن انما وقع في مقابلة مجموع الدين من حيث انه مجموع فاذا رقع بعض الدين بأحد الاسباب ارتفع المجموع ضرورة ارتفاعه بارتفاع بعض أجزائه فلي هذا يطل الرهن بقسوط جزء من الدين وان قل وهو كما ترى يخالف العرف والمعروف في الوثائق وعلى تقدير صحته لو بدل الرهن شيئا من الدين ففي وجوب قبوله في غير ما يلزم منه قص المال كمال السلم وثمن لمبيع نظر من أدائه الى الضرر بلانفاد الخ ومن وجوب قبض بعض الحق في غير ما ذكر ويمكن أن يلحق هذا الرد بتقص مائة فان بطل الرهن موجب للتقص خصوصا مع عسار الراهن فيؤدي الى الضرر المنفي ويجبي هذا الاشكال فيما اذا شرط في متر عقد الرهن أن يكون كذلك ويحتل قويا احدا حيث وجوب القبر تحية الشرط وقد علم ان هذا كله اذا أطلق أما اذا شرط كونه رهنا على المجموع لا على كل جزء منه شرط

ولا اعتبار بتعدد الوكيل ولا المالك في المرهون المستعار من شخصين ولو دفع أحد الورثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على اشكال اما لو تعلق الدين بالتركة وأدى أحدهما نصيبه فالأقرب انفكاك حصته إذ لا رهن حقيقي هنا وإذا انفك نصيب أحد مالكي المرهون فأراد القسمة قاسم المرتين بعد اذن الشريك سواء كانت مما يقسم بالاجزاء كالكيل والموزون أولا كالعبد (متن)

﴿ولا اعتبار بتعدد الوكيل ولا المالك في المرهون المستعار من شخصين﴾ لأن الوكيل وإن تعدد يده يد الموكل وكذا لو تعدد المير مع اتحاد الراهن لأن الانتفاع بالعين المستعارة في جملها رهنا حتى للراهن والمخالف في ذلك ساهي في أحد قوله فإنه قال في أحد القولين لو كان لاثنتين عبد فاستأمره واحد لرهته ثم أدى نصف الدين عن نصيب أحدهما فإنه انفك كما لو رهن رجلان من رجل ثم أدى أحدهما نصيبه فقد مضى إلى تعدد المالك وقطع النظر عن المستعير العاقد وهذا قد احتج به في التحرير وعليه فإن علم المرتين تعدد المالك فلا خيار ولا احتمال بثبوته وعدمه - - - قوله ﴿﴿ ولو دفع أحد الورثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على اشكال ﴾﴾ هذا أيضا تقدم الكلام فيه في الفصل المشار إليه ورجحنا هناك عدم الانفكاك لأن الرهن في الابتداء إنما صدر من واحد وقضيته على المختار حبس كل المرهون إلى أداء كل الدين واحتمال الانفكاك ملحوظ فيه إن الشان فيه الآن كما لو رهن في الابتداء اثنان وكيف كان ولا شك من المصنف لعله في غير محله بل 'خياره' أنه مع لا اشتراط يكون الرهن رهنا بكل جزء وبدونه على ما يقتضيه التقسيط إذ مع الاشتراط لا ينفك قطعا وبدونه يقتضي التقسيط يازم الانفكاك وفي (حواشي الشهيد) أن هذا مبني على ما تقدم وهو أنه رهته على الدين وعلى كل جزء منه - - - قوله ﴿﴿ أما لو تعلق الدين بالتركة فأدى أحدهما نصيبه فالأقرب انفكاك حصته إذ لا رهن حقيقي ﴾﴾ يريد أنه أو مات من عليه الدين وتعلق الدين بتركته ففرضي بعض الورثة حصه من الدين والأقرب انفكاك حصته لأن تعلق الدين بالتركة إن كان كتعلق الرهن فهو كما لو تعدد الراهن على أنه لا رهن في الواقع وإن تعلق الدين بها أضعف من تعلق الدين بالرهن ولهذا يمنع الراهن من التصرف أجمعا بخلاف الوارث فمعه خلاف والأصح منه أيضا كما بيناه فيما تقدم وإن كان كعلق الارش بالجاني فهو كما لو حتى العبد المشترك فأدى أحد الشريكين نصيبه فإنه يقطع التعلق عنه واحتل العلم ينفي على ما إذا أقر أحد الورثة بالدين وأنكر الآخر فليقل القول بأنه يجب على المقر أن يقر الدين من حصته من التركة لا تفك ولى القول بأنه لا يجب عليه ذلك كما هو مذهبنا سكت حصته وقد تقدم الكلام في المسئلة أيضا في الفصول المشار إليه - - - قوله ﴿﴿ ون ك نصيب أحد مالكي المرهون وأراد القسمة قاسم المرتين بعد اذن الشريك سواء كان مما يقسم بالاجزاء كالكيل والموزون أولا كالعبد ﴾﴾ إذا اتحد المرهون وتعدد الراهن فلو أراد القسمة من انفك نصيبه من الراهنين ففي (المسوط والتذكرة) أنه ليس له أن يطالب المرتين بالقسمة بل المطالب الشريك وأنه لا يجوز للمرتين أن يقاسمه إلا باذن الشريك ونحوه - - - في التحرير ووجهه أن حق المرتين تعلق بمقتضى رهن فقط وتبني ذلك عن ملك الشريك إنما يكون رضاه ولا دخل للمرتين في ذلك مع ثبوته من القسمة - - - ونرضي

وإذا قال المالك بيع الرهن لي واستوف الثمن لي ثم قبضه لنفسك فالأقرب صحة الجميع
لكن لا يكفي في الاستيفاء لنفسه مجرد الإمساك بل لا بد من وزن جديد أو كيل لأن
قوله ثم استوف لنفسك يقتضي الأمر بتجديد فعل (متن)

به الشريكان توقف على رضا المرتهن ثم انه جوز في المبسوط أن يقاسمه المرتهن وان لم يأذن الشريك
إذا كان الرهن من المكيل والموزون وقد نهى المصنف هنا على خلافه بقوله سواء كان مما يقسم بالأجزاء
إلى آخر ذلك قال في (المبسوط) ان الاحوط أن لا يجوز القسمة إلا برضاه في كل شيء وأما في صورة العكس
كما إذا تعدد المرتهن واتحد الراهن وقد وفي أحدهما طلب القسمة أجيب حيث لا ضرر على المرتهن الآخر
والأقرب رهن في يد المرتهن نصفه وهو ونصفه أمانة والمقاسمة هنا بين المالك والمرتهن كما تقدم بيان ذلك
كله في الفصل الثالث وما ذكر يعرف الحال فيما إذا تعدد أي الراهن والمرتهن **قوله** وإذا
قال لمالك بيع الرهن لي واستوف الثمن لي ثم قبضه لنفسك فالأقرب صحة الجميع كما في التذكرة
والدروس وجامع المقاصد لأن كلا منهما جزئ مع الأفراد فكذا مع اجتماع ذلك مع ما قد تقدم
الكلام في مثله في باب البيع في الفصل الثاني في التسليم عند شرح قوله لو قال استبره طعاما وقبضه
لي ثم قبضه لنفسك صح الشراء وفي تمبض قولان وقد استوفينا الكلام هناك وبيننا أن القبض
صحيح واستدلنا عليه بالخير وقلة ان المحابف الشبه والفاضي لانه لا يجوز أن يتولى طرفي
القبض وإن اتردد صريح الشرائع وظاهر الكتاب هناك والتحرير والايضاح **قوله**
في نكح لا يكفي في الاستيفاء لنفسه مجرد الإمساك بل لا بد من وزن جديد أو كيل لأن قوله ثم
استوف لنفسك يقتضي الأمر بتجديد فعل كما في التذكرة نبراته غير بالاسمار لا بالاقضاء قال
لأن قوله ثم استوف لنفسك يقتضي الأمر بتجديد فعل كما في التذكرة نبراته غير بالاسمار لا بالاقضاء قال
أيضا وقال في (الدروس) دلالة اللفظ عليه وزد عبارته ل فيما ينقل (قلت) ومثله لو قال ثم
امسكه بنفسك فثبتا فيما ذكره ليس كلمة ثم والا لزم انه لو قال واستوف بدون ثم لم يحتاج إلى
التجديد ولا في الاستيفاء والقبض والا لزم انه لو قال وليكن وفاء لك أو عوضا عن دينك أو
سوداك فيحتاج إلى التجديد أيضا وفيما أمر الكتاب ان المتأمر بالاذن المأذون به يصفى الأمر
رهنه في تصرفه بوجهه وأنت مأذون بأن تصرف فيه من قبل دينك أو قد جعلته وفاء لك
ونحو ذلك لا يحتاج إلى تجديد ولعله أراد ان المتأمر بالاذن في الاستيفاء والقبض بناء على أن الكيل
والوزن يجبان في الكيل والموزون ر حين كونهما قبضا يترتب عليهما ما يترتب على القبض الذي هو
التمسك لاخذ باليد فلا يكفي الاعتبار السابق كما هو مذهب جماعة وقد استوفينا الكلام فيه في باب
تمسك المكيل استفاء ويباعدهم الحاجة إلى ذلك والله تعالى في ذلك إلى الاخبار وكلام الاصحاب
في رافع منزهة وكلام الله تعالى في قوله تعالى في سورة النحل في العبارة كما في الدروس ولعله
في حديثه في كتابه في سائر طرق صحة البيع في تحقيق القبض فأمل في ذلك
واحتمل في الدروس الاكيدة بديان كقبض رهن والمهمة من الودع والغاصب والمستعبر (قلت)
وقد غام سند شرح قوله لا يكفي الا في حجب غير كان في المرتهن لم ينتقل إلى تجديد قبض ولا

ولو قال به لي واقبضه لنفسك صح البيع دون القبض لانه لم يصح قبض الرهن لكن ماقبضه يكون مضموثا عليه فان القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان ولو قال به لنفسك بطل الاذن لانه لا يتصور ان يبيع ملك غيره لنفسه ولو قال بع مطلقا صح

الفصل السابع في النزاع لو اختلفا في عقد الرهن قدم قول الراهن مع يمينه (متن)

مضي زمان يمكن فيه ماله فنع في المقام وقال في (جامع المقاصد) في كلام المصنف نظر لمنع من كون الاذن في الاستيفاء أمرا بتجديد فعل ولو سلم قاثبات اليد في كل زمان متجدد فعل جديد ولو سلم انه ليس كذلك فلا يتعين لفعل الجديد الكيل في المكيل والوزن في الموزون انتهى فليتأمل فيه جيدا

قوله (ولو قال به لي واقبضه لنفسك صح البيع دون القبض لانه لم يصح قبض الرهن) هذا كله حكاه عن الشافعي في التذكرة واختاره فيها صحة القبض لانه يتضمن التوكيل وفي (الدروس) الاقرب جوازه لنفسه باذنه وان لم يقبضه الراهن وان كان مكيلا او موزونا او طعاما ولو كان غير مقدر بهما فالظاهر انه لا اشكال فيه لصحة بيع ذلك قبل قبضه عندنا بنبر اختلاف وفي (جامع المقاصد) ان قبض الراهن ليس شرطا لصحة البيع ولا لملك الثمن فبمجرد البيع يملك الراهن الثمن واداء الدين بما يملكه الراهن صحيح (قلت) ان كانا اثنين مشخفا فبمجرد البيع يملكه الراهن وان كان في القصة فبمجرد البيع يملك عليه امر كليا في الذمة فاذا قبضه نفسه فهو باق على ملك المشتري فكان قوله اقبضه لنفسك بمنزلة به لنفسك فلا بد من تنزيل على التوكيل كما هو الشأن في اذا امره ببيعه في بلد غير عن بلده فان قوله لمحيثند اقبضه لنفسك توكيل له في قبضه عنه وامر له بالالتفات وقد قلنا انه يتحقق القبض في المكيل من دون كيل ومعنى قوله لم يصح قبض الراهن انه لم يحصل قبضه وقبض المرهون فرع عليه

قوله (لكن ماقبضه يكون مضموثا عليه فان القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان) معناه انه اذا قبضه لنفسه وكان القبض فاسدا اقتضى الضمان لكونه قصد دخوله في ملكه استلزم انه اذا تلف يكون منه وهذا التمدد يكون هو المراد من الضمان بالقبض لصحيح قوله .

ولو قال به لنفسك بطل الاذن لانه لا يتصور ان يبيع ملك غيره لنفسه ولو قال بع مطلقا صح

المخالف في الاول الشافعي في أحد قوليه لان السابق الى فهم من الامر بالبيع أن يبيع الانسان لغرضه وهو التوصل الى قضاء الدين فيأني قوله لنفسك وله في الثاني احتمالان أحصاه صحة الاذن والبيع ووفوعه للراهن كما لو قال لاجني به وهو الذي صرح به أصحابنا الذين تعرضوا له تزيلا للمطلق على الصحة والثاني المنع لان البيع مستحق المرهون فقيده الاذن . ولانه منهم في تركه الخبر .

للاصول الى الدين وهو كما ترى ظاهر الفاد لانه لو باعه دين تركه من تحت يده لان سى لاو بعد الاستمتاع والهمة والبيان على الثاني (في الفصل السابع في النزاع) قوله (لو اختلفا في عقد الرهن قدم قول الراهن مع يمينه) لانه منكر بجمانه اليقظة لانه لا يترك ويوافق قوله الاصل بجمانه اليقظة والظاهر بمعنييه لانه لم والظاهر انه لا يخل بواجب وقد يكون هذا أصلا وانما هو براءة ذمته والظاهر ان المحكم محل وقوة وتركه الجمع لظهوره معنى بركان . . . كأن تكون غير في يد المدعي ويحصل الاختلاف المذكور أنني لا ينفذ في رفرع . . . لانه هو المراد هنا

ولو ادعى دخول النخل في رهن الأرض قدم قول الراهن في انكار الدخول والوجود عند الرهن فان كذبه الحس وأصر جعل ناكلا وردت على المرتهن اليمين وان عدل الى نفي الرهن حلف (متن)

لان الاختلاف في أحواله سيأتي فان القول قوله أيضا لان اليد لادلالة لها على الرهن على الملك (١) ولهذا لا تجوز الشهادة بها على الرهن ولا يكون من قبيل ما لو ادعى الزوج الاتفاق على الزوجة مع اجتماعهما ويساره وأنكرته فعه الظاهر ومعا الاصل ثم انا اظننا على التذكرة فوجدناه قال لو اختلفا في أصل العقد فقال رب الدين رهنتي بكذا وأنكر المالك كان القول قول الراهن مع يمينه سواء كان الشيء المدعى هنا رهنا في يد الراهن أو المرتهن **قوله** ﴿ولو ادعى دخول النخل في رهن الأرض قدم قول الراهن في انكار الدخول والوجود عند الرهن فان كذبه الحس وأصر جعل ناكلا وردت على المرتهن﴾ يعني وان عدل الى نفي الرهن حلف ﴿فسر العبارة في جامع المقاصد بان المرتهن ادعى دخول النخل في عقد الرهن الجاري على الأرض فان أنكر الراهن الدخول فالقول قوله بيمينه وكذا لو أنكر وجود النخل في وقت رهن الأرض فان ذلك كاف في الحواب لاستلزامه نفي رهنه انتهى فقد جعل انكار الوجود وانكار الدخول من سنخ واحد كأن يكون قال له انك قلت رهنتك الأرض وما فيها فقال له في انكار الدخول انما قلت رهنتك الأرض فالنخل ليس بداخل وفي انكار الوجود لا يجب الا بأن النخل لم يكن موجودا (قلت) قد يكون المراد في انكار الدخول ما فهمه الشهيد في حواشيه بأنه قال نعم قلت رهنتك الأرض وما فيها لكن النخل لم يكن موجودا فلم يكن داخلا على ما فهمه المحقق المذكور انه أنكر العقد على النخل وعلى ما فهمه الشهيد انه انما أنكر وجود لا العقد وينتفى على التفسيرين ان الحس لو كذب الراهن وأصر على انكار الوجود لا يحتاج الى جعله ناكلا ورد اليمين على المرتهن فلا مناص عما حكاه الشارع عن الشهيد من احتمال عدم اليمين في كذب الراهن كما لو كذب الحس دعوى المرتهن الدخول اتفقت دعواه ولا حاجة الى اليمين وعلى تقديره لا يمين السبب لانها حينئذ تبوت رهن النخل ولا يلزم من الكذب في علم الوجود الكذب في عدم الدخول وعلى الذي دعاه الى ذلك تصحيح عبارة المصنف والا فلي ما فهمه الشهيد لا يتضح وجه قوله فان كذبه الحس وأصر جعل ناكلا ولا يصح قوله وان عدل الى نفي الرهن حلف لان معناه انه اذا عدل عن الاصرار على الحواب بانه لم يكن موجودا الى دعوى اني لم أقل رهنتك الأرض وما فيها فيكون تدولا الى نفي الرهن كما قلنا في انكار الدخول ومن المعلوم ان هذا لا يصح منه بعد اتاؤه بانه رهنه لا نفي فيه كما يستدل معنى لتقييده قول المصنف وان عدل الى نفي الرهن حلف بقرائه انما يصح جوابه عددا لا يسبق منه ما ينافيه فان سبق ما ينافيه كأن أقر بانه رهنه الأرض وما دار عليه شرطها ملافا له لا يجب حينئذ لدخول النخل بمقتضى التعلل بوجوده وقت العقد انتهى وهذا يقتض تصحيحه ويشهد بصحة كلام الشهيد فأمل جيدا وعلى الاصح أن تحمل العبارة على ان المدعى ادعى ان رهنتك الأرض وما فيها فان واقعه الراهن كان النخل داخلا ولا حاجة الى الاحلاف ولا يسمع انكاره في مدوان أجاب بأنها لم تكن موجودة واقتصر على ذلك طوب بمجواب دعوى الراهن فان أصر على انكار الوجود المعلوم كذبه فيه جعل ناكلا فان رجح الى نفي الرهن حلف لانه لا يلزم

(١) كذا وجد الظاهر ان صوابه بل على الملك (مصححه)

ولو ادعى عليهما رهن عبدهما فلا حدما اذا صدقه أن يشهد على الآخر ما لم يجر قضا بان
يشهد بالرهن على الدين وعلى كل جزء منه ولو كذبه كل منهما عن نصيبه وشهد على شريكه
لم تقبل شهادتهما لزمهما كاذبان (متن)

من كذبه في بني الوجود كذبه في بقي الرهن ويكفي في انكاره انكار الوجود لانه تضمن انكار
ما يدعي المرتهن وهو رهن النخل مع الارض ويكون ذلك ردا على قول بعض الشافعية من أنه لا بد
من انكار الرهن صريحا ولا يخفى عليك ما بين هذا التفسير وتفسير الشرح من الترقى لانه جل كلام
المصنف محتملا لما اذا أقر انه رهنه الارض وما فيها ولما اذا لم يقر ولهذا قيد قوله وان عدل الى
آخره بما سمعت وعلى ما فيه الشاهد يكون كلام المصنف ساقطا وعلى ما حرره الشارح يكون كلامه
ككلام المصنف متناقضا **قوله** (ولو ادعى عليهما رهن عبدهما فلا حدما اذا صدقهما
يشهد على الآخر ما لم يجر قضا بان يشهد بالرهن على الدين وعلى كل جزء منه) لو ادعى انسان على
اثنين انهما رهنما عبدهما يماثة واقبضاه فلان أنكر الرهن قط أو الدين والرهن جميعا قدم قولهما كما
تقدم ولو صدقه أحدهما خاصة فنصيبه رهن بخمسين والقول في نصيب المكذب قوله مع يمينه فانشهد
المصدق للمدعي على شريكه المكذب قبلت شهادته اذا اتفت تشبهه جلب النفع لعداله وانتفاء تهمة
فان شهد به آخر أو حلف ثبت حقه والبراد بجر النفع أن يرجع بشهادته مدعيا وبدفع الضرر أن
يعود منكرا والمتصور الغالب في المقام في جلب النفع أن يستد بالرهن على الدين وعلى كل جزء منه
عكس ما هو المعروف فيما اذا تعدد الراهن لأن الحكم فيما إذا تعدد الراهن وانما المرتهن أن يتناول
المجموع بالمجموع ومقابلة المجموع بالمجموع تقتضي مقابلة الأجزاء بالأجزاء فيصرف رهن كل
منهما الى دينه حذرا من ارتكاب خلاف الاصل لأن رهن ملك انسان على دين غيره خلاف الاصل
هذا اذا أطلقا ولم يشترطا وأما اذا أئحد الراهن فان الرهن يكون على الدين وعلى كل جزء منه ما لم
يشترط خلافه كما تقدم يانه عند شرح قوله ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهن وفي أول
الباب ووجه حر النفع اذا تعدد بذلك انه يصير مال كل منهما رهن بكل جزء من احر الدين
فيكون سهم الآخر من العبد رهنما بما عليه من الدين وفي ذلك من جر النفع والارفاق ما لا يخفى
ولما كان ذلك كذلك أتى المصنف بعبارة عند المحصر وبذلك يندفع اعتراض جامع المقاصد
عنه حيث قال ولا يفحص جر النفع فيما ذكره فالأول ان يعبر بعبارة لا تقتضي المحصر فبول
كأن ونحوه تنهى وانت قد عرفت وجه الدفع بان ذلك لما كان هو المصور في المقام كان كأن
الامر محصور فيه وكل مقام يأتى فيه بما ساسه والا علم لا يتراض عليه يصابت دون عبادة
لا يفحص في عدم حر النفع ان في عدم التهمة وسنذكر في غير هذه التهمة سعة وهي بغصة والعداوة
والعقل وحرص ودفع عن الكذب ومن جر النفع من جر قرا **قوله** (لو كذبه كل منهما
عن نصيبه وشهد على شريكه) تقبل شهادتهما لزمهما كاذبان (هذا حكمه في المذكورة عن بعض
الشافعية قال لان المدعي اذا نسب شاهداه الى الفسق منع من قول له له وحكي عن اكثرهم
القبول وانه يحلف بكل منهما يميننا ويفضي له برهن الجميع لانهم اربابا ناسا او سبه سبه واتهم
تشبه فيما يسعيه وبالجملة انكر الدعوى لا ثبت فسق مدعي عليه ولان الكذب لو حده فلا وجب

ولو قال الرهن المبد فقل بل الجارية بطل رهن ما يشكره المرتهن وحلف الراهن على الآخر وحلفا عن الرهن أما لو ادعى البائع اشتراط رهن المبد على الثمن فقال المشتري بل الجارية احتمل تهديم قول الراهن وهو الاقوى والتعالف وفسخ البيع (متن)

غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا (وعساك تقول) ان قول الاستبصار نظائر منها ان من استودع شخصا مالا فلف قال صاحب المال هو قرض في ذمتك وقال الآخر هو امانة فان مقتضى الاصل الذي اعتمدتموه تقديم قول مدعي الامانة لان صاحب المال يدعي امرأ زائدا وهو اشتغال الدمة والاصل عدمه والخال ان الاخبار جاءت بان القول قول مدعي القرض وان مدعي الوديعة يكلف البينة (قلت) هذه الاخبار ايضا موافقة لاصولنا لان الاصل في المال ان لا يخرج عن يد مالكة الا بقوله فلو ادعى المالك المصعب وادعى الآخر العارية أو الاستيداع أو الاستيجار قدم قول المالك وكذا لو ادعى المالك الاجارة بعد انتفاع من هي في يده بها وادعى الآخر العارية هذا ولا ينحصر في الوسيلة فيما نحن فيه قول بالتفصيل وهو انه اذا اعترف صاحب المتاع بالدين كان القول قول خصمه وأن لم يعترف بالدين كان القول قول صاحب المتاع مع اليمين ولا يبي علي تفصيل آخر وهو انه أن اعترف القابض للمالك بكونه في يده على سبيل الامانة ثم صار رهننا فقول قول المالك وان ادعاه ابتداء فقول قول خصمه ولا حجة لمن لا الجمع بين الاخبار على ما قيل وهو فرع التماثل مع علم قيام شاهد على الجمع وظهور التماثل في الصورة الاولى لابن حمزة لا تجدي في مقابلة الاصول والادلة واعلم ان المراد بقول المصنف احدهما هو المستودع بقرينة ما بعده وبعدم القائدة لو كان غيره فلو ابدله به لسكان اصح ووضح قوله (ولو قال الرهن العبد قال بل الجارية بطل رهن ما ينكره المرتهن وحلف الراهن على الآخر خلاصا عن الرهن) كفي الترائم والتذكرة والدروس والبعة وتعلق الارشاد وجمع المقاصد والروضة وجمع البرهان اما بطلان رهن ما ينكره المرتهن فلان الرهن المحض حق المرتهن ومصلحته فاذا ما اراده وانكره يبطل بمجرد انكراهه وايضا فان الرهن جائز من طرفه فاذا نفي رهن العبد اتفى عنه ولم يحتاج الى اليمين وأما حلف الراهن لنفي ما يدعي به من رهن الجارية فواضح وفي (الارشاد) انهما يتحالفان ورده المحقق الثاني في تعليقه بمثل ما قلناه في توجيهه واعتذر عنه في مجمع البرهان بأنه قد لا يبطل بمجرد الانكار لان العقد الثابت يقيتا غير معلوم "بطلان بمجرد الانكار فيريد الراهن بطلانه حتى يتصرف في العبد لا يريد لانه يعرف انه رهن يقيت وايضا قد يكون العبد مما اشترط على المرتهن حفظه وفقته بوجه من الوجوه ويريد هو الخلاص من ذلك وايضا قد يكونان شرطا رهن في بيع لازم فيريد الخروج عن الهبة فاذا قبل خرج وذا لم يقبل يطلب منه رهن فيعطى لذلك وغير ذلك من النواميد تنهى وغرضه الاشارة الى قاعدة التحالف وانه لا يفسخ العقد الا بها فهذه القاعدة ليست كقيام "بتين لكل من الراعيين وافتق بينهما واضح فكان القول بالتحالف اوفق بالاحتياط وعدمه ثمري المذهب وهذا في التمهيد وكلامه الاخير كانه قول ثالث خرق لما اتفق عليه الخلاف كما ستسمع في الشبهة الثانية ثمرة في رأيه وادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن فقال المشتري بل الجارية احتمال تقديم قول الراهن وهو الاقوى والتحالف وفسخ البيع ما قواه المصنف قال ولله انه الاصح لخروج الجارية باسكار المرتهن فلا يمين عليه فيبقى التداعي في العبد والقول قول منكر

ولو قال رهنك العبد فقال بل هو والجارية قدم قول الراهن ولو قل دفعت ما على الراهن من الدينين صدق مع اليمين دون صاحبه (متن)

الرهن وعلى هذا فينتفى العبد باليمين والجارية بانكار المرتهن فيبقى عقد البيع بلا رهن وقد تنقضى وقوع العقد مع شرط الرهن ولا مانع من ذلك مع الجري على الصواب الشرعية لكن تكون جارية رهنًا فيما بينه وبين الله تعالى فتأثبه أحكامه فلا بد من التحلف إن أراد التصرف أو إخلاص من الثقة إن قلنا لا بد من الحلف به وفوضت المسئلة فيما إذا أقبضه أو قلنا بعدم اشتراطه وأبعد شيء احتمال انفساخ العقد الإلزام بمجرد نفي المرتهن اشتراط رهن الجارية لأنه يناهض وجوب الوفاء بالعقد الذي لم يدل دليل على ثبوت النسلط على فسخه ومثله في العبد احتمال أن يكون فسخ البيع قيدًا في العبارة في الأمرين فليأمل فيه واختار الشهيدان في (الدروس والمعدة والمسالك والروضه) التحلف في (جامع المقاصد) أنه قوي متين لأن اختلاف الشرط على الثمن من جملة مكملات الثمن فكل واحد يدعي ثمنه فهو كما لو قال منك بهذا العبد قل بهذه الجارية وليس هذا كما لو قل منك بمائة وخمسين فقال بل بمائة لا تقاها على قدر متفق الأوصاف واختلافها في ثبوت الزائد ونفيه فإن منكر الزائد قد يقال هو المنكر بخلاف ما: (قلت) هو قوي متين إذا أراد الراهن التصرف في الجارية وإخلاص من الثقة والحفظ إن قلنا أنه لا يرد له إلا ما قاله لأن اشتراط الاجل والمأجر والرهن والضمين والشفعة والوكالة مما يتعاقب بمصاحبة المتعاقدين ولا تنافي له بالثمن أولاً ولا ذات فلا يكون مانع فيه من قبيل ما لو قل منك بهذا العبد فقال بل بهذه الجارية بل من قبيل منك وشرطت أن يكون زيداً كقبلاً أو ضماً أو شاهداً فيقول لا أخرب بل شرطت أن يكون عمراً كذلك ومنه يعرف حال قواه في تضعيف الاحتمال الأول بأن انكار اشتراط الجارية يقتضي انتفاء هذا الفرد من أفراد البيع الذي يدعيه الراهن وهو لزومه من الجانبين لا زوم المرتهن على تقدير وقوعه فكيف ينفي بمجرد الانكار ويسقط حق الآخر من هذا العقد المدعى به لا يك قد عرفت أن انكار اشتراط الجارية إنما يقتضي انتفاء هذا الشرط الجائز من طرف المرتهن الذي يكفي فيه انكاره ولا يفسخ بذلك العقد حتى يسقط حق الآخر منه بمجرد انكاره أي المرتهن وكأنه استظهر من العبارة أن فسخ البيع قيد في الأمرين وقد عرفت أنه ليس كذلك نعم إن قول المصنف بمقتضاه تم تضعيفه ما قواه وقد عرفت أنه لا يقول بذلك فيكون المصنف قوي على مذهبه والشارح ضعف على مذهبه وأما انفساخ عقد الرهن فلا ياباه الراهن مع لزوم البيع فقد تحصل أن في المسئلة قولين وما حكيناه في المسئلة المتقدمه عن المقدس الأردبي في قول المؤلف قائل ~~قوله~~ ﴿ولو قال رهنك العبد فقال بل هو والجارية قدم قول الراهن﴾ ~~الجملة~~ كما التذكرة ~~قوله~~ ﴿ولو قل دفعت ما على الراهن من الدينين صدق مع اليمين دون صاحبه﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي الأخير لا تنبيه في ذلك وهو كذلك لأن ذلك مستند إلى نيته وهو أعرف بها ولا طريق إلى العلم إلا من قبله ولا يكلف إقامة البينة بأني تلفظت بكذا وإن أمكنه لأن الأصل عدم وجوب ذلك عليه وكذا لو قال المرتهن أنه كان قد أقر لي بأنه إنما دفع عن الدين الآخر فاقول قوله باليمين وفرض مسئلة ما إذا كان له دين من أحد هذه رهناً فدفعت

أما لو أنكر التبريم القبض قدم قوله ولا فرق في الاختلاف في مجرد النية أو في اللفظ ولو قال لم أنو عند التسليم أحد الدينين احتمال التوزيع وأن يقال له أصرف الاداء الآن الى من شئت وكذا نظائره كما لو تباع مشركان درهما بدرهمين وسلم مشتري الدرهم ثم أسلفا فان قصد تسليمه عن الفضل فعليه الاصل وان قصد عن الاصل فلا شيء عليه وان قصدهما وزع وسقط ما بقي من الفضل وان لم يقصد فالوجهان (متن)

اليه مالا واختلنا ومنه يعلم حال ما اذا كان على كل من الدينين رهن ﴿قوله﴾ أما لو أنكر التبريم القبض قدم قوله ﴿وجه ظاهر﴾ كما أن توسيطه غير ظاهر لأنه غير مختص بهذا الغرض ﴿قوله﴾ ولا فرق في الاختلاف في مجرد النية أو في اللفظ ﴿أما الاختلاف في اللفظ فظاهر﴾ كما لو قال دفعته متلفظا بأنه عن الدين الفلاني أو أقررت بذلك فأنكر وقل اني قلت انه عن الفلاني ويقدم قوله بيمينه لأنه منكر وأما الاختلاف بالنية كأن يقول الراهن نويت الدين الفلاني ويقول المرتهن بل نويت لدين الفلاني فاحلف لمه فربما يقال فيه ان دعوى غريمه غير مقبولة اذ لا اطلاع له على نفسه فلا يلزمه يمين والحق ثبوته لما حردناه في باب القضاء والقصاص من أن الدعوى فيها يفتى تسمع بمجرد التهمة وقد نص عليه في المقام المصنف في التحرير والتشديدان في الخواشي والمساك والمحقق الثاني في جامع المقاصد وهو ظاهر الشرائع وغيرها حيث قيل فيها لأنه أبصر بنيت ﴿قوله﴾ ولو قال لم أنو عند التسليم أحد الدينين احتمال التوزيع وأن يقال له أصرف الاداء الآن الى من شئت ﴿ذكر المصنف الاحتمالين من دون ترجيح﴾ كما ذكرنا كذلك في التحرير ولا بضاح ولندروس واختير في المختلف وجامع المقاصد التوزيع لأنه قد وقع صحيحا وليس أحدهما أولى من الآخر ولأنه قد ملكه ملكا تاما فاماعن الدينين أو عن أحدهما بينه أولا من أحدهما أو عن أحدهما لا بينه والكل باطل الا الاول لاستدالة الترجيح بلا مرجح وملك يقتضى به مع عدم زول المقضى عن التهمة ولأنه ان لم يزل عن ذمته شيء منهما لزم الحال والا كان هو المقضى عنه وأما الاحتمال الثاني فهو خيرة الشيخ على ما حكى عنه ووجهه أن النية متفية حال الدفع فليست داركها لأن المرجح في ذلك لي خياره وحيث لم يسبق له اختيار شيء فليختار متى شاء (ويدفعه) أن ملك القابض للمقبوض يقضي بأنه لا بد أن يقع عن شيء (وقد يجاب) بأن القابض لا يملك أو يملك عم في ذمته وبه التعيين أو يستخرج بقرعة كما اذا كان له زوجتان أو زوجات فقال زوجتي طالق ولم يزوج واحدة منهما فأسبغ والمفضلان وسود عن ان الطلاق يقع على واحدة غير معينة فقد تخرج اما بقرعة أو بتعيينه ويقع الطلاق اما من وقت اللفظ ومن وقت التعيين ومثله اذا أسلم على أكثر من أربع ومثله ما دأب مع لزكوة وكان له مالان ذئب وحاضر وما اذا سعى ولم ينو السورة عند جماعة وما اذا كان له خيارا حيوانا وشرطا وأسقط من خياره يومين ولو وجب الترجيح وجب عند دفع الدافع حيث يكون عليه دين متساوين عليهما رهنان كذلك ويتأمل ﴿قوله﴾ وكذا نظائره كما لو تباع مشركان درهما بدرهمين وسلم مشتري الدرهم ثم أسلفا فان قصد تسليمه عن الفضل فعليه الاصل وان قصد عن الاصل فلا شيء عليه وان قصدهما وزع وسقط ما بقي من الفضل وان لم يقصد فالوجهان ﴿أي احتمال التوزيع واحتمال أن يقال أصرف الاداء الآن الى من شئت والاصح التوزيع وانما فرض المسئلة في المشتركين لانهما لو كانا مسلمين لكان الحال دائرا بين المنع من الربا في حقهما أو

ولو كان لزيد عليه مائة ولعمرو مثلهما وكلاهما من قبض عنهما ودفع المديون لزيد أو لعمرو فذاك
والا فالوجهان ولو أخذ عن الماطل قهراً فالاعتبار بنية الدافع وبمحتل القابض ولو قدمت
فالوجهان ولو كان التداعي في الإبراء قدم قول المرتهن وقدم قول الراهن مع عدم الرد
مع اليقين (متن)

الجواز الذي لا يتطرق إليه المنع وقهره معلوم مما سبق ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان لزيد عليه مائة ولعمرو
مثلهما وكلاهما من قبض لهما ودفع المديون لزيد أو لعمرو فذاك ﴾ يعني أنهما وكلاهما وكلاهما يقبض
لهما كما هو واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فالوجهان ﴾ معناه أن لم يدفع لواحد بيته وهذا له مقهوران
الاول أن لا ينوي أحدا منهما والثاني أن ينويهما معا والاول هو المراد بواطلاق لظهوره والمراد بالوجهين
الوجهان السابقان والاصح التوزيع كغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أخذ من الماطل قهراً فالاعتبار بنية
الدافع وبمحتل القابض ﴾ الاخذ من الماطل قهراً إما أن يكون على حيل المقاصة وهذا اذا استقل بالاخذ
خفية حيث يجوز له لانية فيه للدافع وان أخذه الحاكم فانية نية الحاكم وان قهره احكام على الدفع
أو المالك واستمر القهر الى حصول الدفع فدفع غير قاهر ولا قاصد فانية له حيث لا يتقاء الموضوع وأما
لو نوى حيث قلست نيته من المحل فان المتهور على الدفع غير مقهور على علم النية والشارع لا يقهر
قهر ايسره الاختيار فلو لا القهر ما دفع لكنه لما قهر نوى أحد الدينين على كراهية منه لذلك ووجه
ترجيح نيته حيث أن الاعتبار إنما هو بها لان تعيين الجهة اليه لا الى القابض ووجه ترجيح نية القابض
أنه بالقهر والاجبار لم يتبرق قصده وكان الاعتبار بقصد القاض كنية الزكوة والحس اذا أخذ قهراً لعدم
الخروج عنهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قدمت فالوجهان ﴾ ظاهره ان النية قدمت من كل منهما وفي (الايضاح)
دقق النظر فحمل معنى قوله ولو قدمت أنا لو فرضنا قدمها وان وجدنا لمعارضة دليل كل منهما بالاخر
فكأننا مع وجودهما واختلافهما بل ومع اتفاقهما معقودتين قال مانصه في شرح قوله واذا أخذ من
الماطل الى قوله فالوجهان وجه الاول ان تعيين الجهة اليه الى آخر ما سمعته آخراً ثم قال ووجه الثالث
يعني ما اذا قدمت أن القاض لاء بارنت لانه ليس له التمييز والقهر أسقط اعتبار القابض منه
فبقي بلا نية فيحتل التوزيع الى آخره وهو صريح في فرض قدمها وعدم الاعتداد بهما وان كانتا
موجودتين وقال في (جامع المقصد) في شرح العبارة يريد لو قدمت نية كل واحد منهما ان لو وجدت النية
من القابض فقط فرجحان اعتبارها عنده ظاهر ومع قدمها فأصح الوجهين التوزيع كما في باقي النفاثر
والشارح ولد المصنف رغم ان محيي الوجهين احتمال ثالث في مسألة الاخذ من الماطل قهراً التي هي
موضع الوجهين الاولين وهو غريب لان موضع الوجهين مسألة أخرى وهو ما اذا قدمت النية من كل
منهما وهنا لا يجيء الاحتمالان الاولان انتهى وأنت قد عرفت ما أراد فخر الاسلام والمحققين وهو
معنى جيد جدا يكون قد أخذه شفاهاً وعلى ما فهمه منه المحقق الثاني يكون كلاً من ملحظاً بالمذهبين
وعلى ما فهمه في الايضاح يتضح لك ما في كلام المحقق الثاني أولاً فأمسك به قوله ﴿ ولو كان
التداعي في الإبراء قدم قول المرتهن ﴾ لانه منكر والاصل بقاء الدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبعدم قول
الراهن في عدم الرد مع اليقين ﴾ لأجد فيه خلافاً لصلة عدم الرد فيلزم المرتهن بالتل أو انسية لا يمكن

وعلى المؤجل منه لا الحال وقول المرتن في عدم التفريط والقيمة (متن)

او استغرق لتحقق الاستغراق فيها لانه ام من الاحاطة بثن الرهن بمعنى مساواته ومن الزيادة عليه ومقتضى العبارات الثلث انه مع المساواة والزيادة لا يقدم قوله ومقتضى عبارات الاكثر انه لا يقدم قوله مع الزيادة ويقدم قوله مع المساواة وحاصل معنى الرواية جعل الاحاطة غاية القبول والناية خارجة عند المحققين فهي موافقة للعبارات الثلث والموجب لاختلاف النقل عن ابي علي اختلاف كلامه قال المرتن يصدق في دعواه حتى تحيط بالثن فان زادت دعوى المرتن عن القيمة لا قبل الا بينة قد جعل في اول كلامه غاية التصديق احاطة الدعوى بالثن والناية خارجة فيقتضي عدم التصديق مع الاحاطة وعقبه بقوله فان زادت الدعوى عن القيمة لا قبل ومفهوم الشرط انه مع عدم الزيادة قبل قد تمارض المفومان في كلامه فاختلف النقل عنه لكنتك خير بان المفهوم بما يعتبر اذا لم يصرح بخلافه فنقل الاكثر بحسب الظاهر اوفق لكن لما كان مستنده الرواية ظن المحقق في الشرائع التام مفهوم قوله وان زادت وحمل كلامه على ان المراد ان ساوت أو زادت وذلك كبير كما قيل في قوله جل شأنه (فان كانا فوق اثنين) وكما قيل في قوله عليه السلام جراحات المرة والرجل سواء الى ان تبلغ تلك الدية فاذا جازت ذلك تضاعف جراحة الرجل على جراحة المرة ضعفين فان المراد فاذا ساءى أو جاز ذلك فكان قل الشرائع ادق واظن الا ان تقول قل الاكثر موافق للاعتبار لان الظاهر ان الرهن بقدر الحق (وفيه) ان السادة يقتضي رهن الشيء باقل من قيمته هذا واخبار الباب تطلي نهما اذا اتفقا على ان الدين الفان وقال الراهن انما رهنتك باحد الاثنين وقال المرتن بل بهما كان القول قول الراهن ايضا مع يمينه مضافا الى الاصول وهو معنى قول المصنف وفي ان الرهن على نصف الدين لا كله **قوله** (وعلى المؤجل منه لا الحال) قال في (التذكرة) لو اتفقا على انه رهن باحد الاثنين لكن قال الراهن هو رهن بالمؤجل وقال المرتن بل بالحال قال قول الراهن مع يمينه لانه منكر ولان القول قوله في اصل الدين فكذا في صفته وكذا لو قل الراهن انه رهن على الحال وقال المرتن انه رهن على المؤجل يقدم قول الراهن مع يمينه (قلت) لعل في قوله فكذا في صفته اشارة الى استفادة ذلك من فخاوي الاخبار المذكورة ثم ان عندنا اصلا آخر وهو ان الاصل قبول قول صاحب المال في وجه خروجه عن يده والمرن لما انكر الرهن في صورتي الاصل والعكس اندفع بانكاره ولا يحتاج الى يمين فيبقى النزاع فيما ادعاه المرتن فيحلف الراهن على فيه فينتفي ويقتي المال بلا رهن ولا مانع منه اذا قضت به القواعد لكنه فيما بينه وبين الله سبحانه يكون رهنا بما ادعاه فأتاه احكامه وقد سمعت ما سلف في مثله او تقول انه يحلف يميننا جامعة بين النبي والابيات فيكون رهنا بالدين القدي لم يدع المرتن انه رهن عليه كما تقدم مثله واحتمل التحالف الذي احتله الشهيد في حواشيه وقواه في جامع المقاصد لم يتضح وجهه على ان التمسك حكم في مثله بما ذكرناه **قوله** (وقول المرتن في عدم التفريط) لا اجد فيه خلافا بل في القبة الاجماع عليه مضافا الى الاصول السائلة عن المعارض **قوله** (واقعية) اي حيث تنزم المرتن بعدم او تفريط فانه يقدم قوله فيها مع يمينه كما هو خيرة الشيخ في المبسوط وابن ابريس وسائر المتأخرين ما عدى الشهيد في الدروس والمقداد في التنقيح فانهما لم يرجحا وفي (الدروس) قال به الحليون وحكى كاشف الرموز عن

وفي أن رجوعه عن أذنه الراهن في البيع قبله ترجيحاً للوثيقة ولأن الأصل عدم بيع الراهن في الوقت الذي يدعيه وعدم رجوع المرتين في الوقت الذي يدعيه فيتعارضان ويبقى الأصل استمرار الرهن ويحتمل تقديم الراهن عملاً بصحة العقد (متن)

ابن ادریس انه ادعى الاجماع عليه وقال انه مشكل مع تحقق الخلاف والموجود في السرائر ان القول قول المرتين على الصحيح من المذهب لانه غارم ومدعى عليه ولا خلاف ان القول قول الجاحد المنكر المدعى عليه اذا عدم المدعي اليقينة وقال بعض اصحابنا القول قول الراهن في هذا وهو مخالف لما عليه الاجماع وضد لاصول الشريعة انتهى فظاهره ان الاجماع على القاعدة لا على خصوص المسئلة لكن الاجماع من المتأخرين كاد يكون معلوماً كما ان الشهرة بين المتقدمين على تقديم قول الراهن عصمه من اعادة الاجماع ايضاً اذ هو خيرة المقننة والتهاية والمراسم والوسيلة والغنية وهو المحكي عن الكتاب والفتي والتدضي وقد نسب في الدروس والمساك الى الاكثر وفي (الغنية) الاجماع عليه فهذا الاجماع معتضد بالشهرة والظاهر انه ما اقي به في التهاية والمقننة الا عن خبر كما يقضي به التبع وليس مستندهم ما احتدل لهم به من سقوط امامته بخيالاته فاني لم اجد احداً منهم استدله الا باعلى ولعل هذا هو الذي جرى المتأخرين على مخالفة ووجه قوة القول ظاهرة لمكان الاصل والنبوي لكن هذين لم يكونا ليخفيا على المتقدمين ~~قوله~~ وفي ان رجوعه عن أذنه الراهن في البيع قبله ترجيحاً للوثيقة ولأن الأصل عدم بيع الراهن في الوقت الذي يدعيه وعدم رجوع المرتين في الوقت الذي يدعيه فيتعارضان ويبقى الأصل استمرار الرهن ويحتمل تقديم الراهن عملاً بصحة العقد تقديم قول المرتين في المسئلة مذهب الشيخ واكثر المتأخرين كما في جامع المقاصد وقد نسب تارة اخرى كالشيد الثاني في المساك الى الاصحاب فكل من تعرض لهذا الفرع كالشيخ في المبسوط والمحقق والمصنف وغيرهم قدم قول المرتين الا المصنف في التذكرة فان ظاهره الرد لان حكمه عن الشيخ ولم يفت شيً والمحقق الثاني والمقدس الاردبيلي وان تاملنا كما سنسمع لكنهما بعد ذلك واقفاً والشيد في الدروس والمحاشي فصل بانهما ان اتفقا على تعيين وقت لاحدهما واختلفا في الآخر حلف مدعي التأخير عن ذلك الوقت وان اطلقا المدعى أو عينا وقتاً واحداً حلف المرتين وقد تبعه على ذلك الشيد الثاني في التمهيد والمساك وسنمعيان ذلك (ولا بد) من بيان مالا بد منه في المقام وهو انه اذا تعارض اصلان فلا يخلو اما أن يكون هناك مرجح واجب أولاً فان كان فلا يخلو ذلك المرجح من أن يكون ظاهراً أو أصلاً آخر وان لم يكن هناك مرجح واجب فلا يخلو اما أن يكون في أحدهما حائطه أم لا فان كانت حائطه أخذ بها والا خرج في هذه المسئلة وجهان كذا أطلقوا الكلمة ولم نرم في أبواب الفقه من الطهارات الى الديات تعرضوا عند تعارض الاصول للاقتران ولا لعل بتاريخ أحدهما وجعل الآخر ولا لورود أحدهما على الآخر الا في مواضع نادرة من هذه الامور الثلاثة تعرض لها بعض المتأخرين ومن ذلك مسئلتنا هذه فان الاصحاب أطلقوا الكلمة فيها والشيد ان فصلاً بالعلم بالتاريخ وعدمه ~~تم هذا~~ (فتقول احتج) المصنف على المشهور بوجوب (الاول) ترجيح جانب الوثيقة عملاً بالاستصحاب عذا تركه الشيخ في المبسوط والاصحاب لانه لا آخره يرجع الى ما ذكره وهو الثاني في كلام المصنف وبيان أي الاتي ان الراهن يدعي قدم البيع على الرجوع والأصل عدمه المرتين يدعي قدم الرجوع على البيع والأصل

عدمه أيضا فكافا الاصلان قساقطا فيبقى حكم الرهن على العين باقيا وهو ترجيح جانب الوثيقة وقد قال
 في (جامع المقاصد) نظر من وجوه (الاول) ان الاصل وان كان عدم صدور البيع على الوجه الذي يدعيه
 الراهن الا أنه لا يتمسك به الآن لحصول الناقل عنه وهو صدور البيع مستجبا لجميع ما يعتبر فيه شرعا
 وليس هناك ما يخل بصحته الا كون الرجوع قبله ويكفي فيه عدم العلم بوقوعه كذلك والاستناد الى
 أن الاصل بقاء الاذن السابق لان المانع لا يشترط العلم بانتفائه لتأثير المقتضي والا لم يمكن التمسك بشيء
 من الملل الشرعية اذ لا يقطع بنفي موانع تأثيرها بحسب الواقع وهو معلوم البطلان ذن من صلى مراعييا
 للافعال والشرائط يكفي لصحة صلواته الاستناد الى اصاله عدم طرو التجاسة المانعة من الصحة على ثوبه
 وبدنه الطاهرين وان لم يعلم انتفاؤها بحسب الواقع قطعا انتهى (وفيه) نظر من وجهين (الاول) انه قرر في
 الاصول (عند اصولين حل) ان رفع المانع من جملة الملل فرفضه شرط لا بد من تحققه لكن لا في الواقع
 بل يكفي تحققه بالاستصحاب كالشرط واستوضح ذلك في المثال الذي ضرب به هو فان الجلوسة في
 الثوب مانع من الصلوة ورفضها شرطا كما انا نقول طهارة الثوب شرطا ولهذا قال ثوبه وبدنه الطاهرين
 فرفضها أولا طاهرين ثم قال يكفي لصحة صلواته الاستناد الى اصاله عدم طرو الجلوسة وما ذاك الا
 بالاستصحاب كما قلناه والحاصل ان الامر واضح وما كنا نؤثر ان يفصل عنه مثله (الثاني) انا لو سلمنا
 الفرق بين رفع المانع والشرط واتهما غيران في الحكم وما كان ليكون لكننا نقول لان سلم وقوع المقدما
 للشرائط الشرعية هذا لان من جملة شرائطه اذن المرهون حالة البيع ولما حصل الشك في حصولها حاكه
 وقع الشك في حصول الشرط نفسه لاقى وجود المانع ومعلوم أن الشرط لا يكفي فيه عدم العلم بانتفائه بل
 لا بد من العلم بمحصله ليترب عليه المشروط ولو بطريق الاستصحاب كالصلاة مع يقين الطهارة سابقا
 والشك في بقاءه لا رولا مرهنا كذلك فان الرهن المانع من صحة البيع واقع يقينا ومستصحب الآن
 والشرط المقتضي لصحة البيع وان كان معلوم الوقوع لكن لاقى زمان البيع لا يتيقن ولا بالاستصحاب
 فترجح جانب الوثيقة كما ذكره الاصحاب (الثاني) من وجوه النظر الذي ذكره المحقق الثاني هو ان
 ما ذكره يعني المصنف من الاستدلال انما يدل على تقدير تسليمه (تسليم حل) بقاء الاصلين
 المذكورين مع الانحصار فيهما وفي الاصل الثالث الذي ذكره وليس كذلك فان لما خلا آخر من
 هذا الجانب أيضا وهو ان الاصل في البيع الصحة وال لزوم ووجوب الوفاء بالمقد انتهى (قلت) مراده ان
 اصاله بقاء الرهن التي رخصت اليها عند تعارض الاصلين معارضة باصاله صحة البيع لان وقوعه معلوم كأن وقوع
 الرهن معلوم فتساقطان ويبقى مع الراهن ملكية الرهن وصحة تصرفه فيه ولعله من هنا قيل في الاصول انها تما
 تعارض فيها أربعة أصول (وفيه أولا) انه قال في باب الضمان والاجارة ان اصاله صحة العقود انما يتمسك
 بها بعد استكمال أركانها وجميع الامور المعتبرة فيها ليتحقق وجود العقد لما قبله فلا وجه لعدم
 اوضحنا ذلك في آخر باب البيع ويأتي في باب الضمان مفصلا ان شاء الله تعالى وثانيا على تقدير تسليمه
 انه لا ينفقه فيما يحاوله لان هذا ان تم كان من باب اذ تدعى المشتري ان سبق وأراد كل منهما الاخذ
 من الآخر بالشفعة والاصل يقتضي عدم سبق كل منهما والاصل عدم استحقاق الآخر عليه فيساقطان
 ويتحالفان ويستقر ملكهما على ما كان وتنتفي الشفعة (وثانيا) ان اصاله صحة العقد مترتبة على سبقه على
 الرجوع فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحة العقد (فان قلت) اصاله استمرار الوثيقة مترتبة على سبق
 الرجوع اليه فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بتبريجها (قلنا) صحة العقد غير معلومة لقيام الاحتمال المذكور

وصحة الرهن معلومة ولو ما ساقا خاصة بشرائط وانما حصل الشك في طرف المصلح يرجع الى
أدري من هذه الجهة مضاعفا الى ما ذكرناه آقا (وثالثا) ان عددا ظاهرا واحتياطا والظاهر يرجع الى قاعدته
وكل منهما أي الظاهر والاحتياط يرجع الاصل كما عرفت آقا من أن الحائظه مرجع راجع (اما)
الظاهر فلان الظاهر ان الرهن مدع لانه يريد اثبات جلال ما هو معترف بوجوده وصحته بدعوى
الأذن في البيع المطلق للرهن فهو يريد اخراج الحق عن يده ونسلطه والاصل بقاؤه فيصدق عليه
تعريف المدعي وعلى المرتين تعريف المنكر (واما) الاحتياط فلان رعاية جانب المرتين أحوط لاحتمال
تضييع حقه على تقدير إطلاق الرهانة بخلاف الرهن فإنه لا بد له من دفع الدين فلا يضره بماء الرهن
في (الثالث) من وجه النظر ان ما ذكره من الاستدلال على اطلاقه يجري على ما اذا اطلقا المدهوى
بما وجد وقت البيع أو الرجوع وما اذا عينا وقت البيع أو الرجوع وما اذا عينا لا أحدهما وقتا واختلاف في الآخر وليس
بجد لا سيما إذا تقدم في وقوع البيع يوم الجمعة واختلاف في تقدم الرجوع عليه وتقدم الاصل عدم التقدم
ويجوز أن تحكم بزمانه على وقت الرجوع واختلاف في تقدم البيع عليه فيحصل على هذا التقدير أصل آخر
وقد ثبت على ذلك في البروقية (قلت) ولا لحق فيه بما اذا أطلقا ما اذا اتفقا على وقت واحد كما سمعت ذلك
عن بعض الشهود الثاني (وقد يقال) ان الاصحاب متوافقون في كل ما عارض فيه أصلان وقد عدي التمهيد منهما ما يباين
سبعة وثلاثين موصفا اختلفوا ولم يفرقوا وما ذاك الا لان كلا منهما حادث والاصل تأخره سواء كان
تاريخ أحدهما معلوما أم لا والملم بتاريخ أحدهما لا يصير المجهول متأخرا عنه فوقع البيع يوم الجمعة حادث
والاصل تأخره عما يدعيه الرهن من وقوع الرجوع يوم الخميس جازما قاطعا به ثم يتم ذلك حيث
يقول الرهن لأدري أوقع قبل يوم الجمعة أم بعده (وبحسب) بأن قطع الرهن أنه يوم الخميس معارض
بقول الرهن أنه يوم السبت وكلاهما مسلمان الاصل في قولها المصدق وقد اعتضد قول الرهن باصل
شكوكه فيكون الاصل معه فيرجح فيكون اطلاق الاصحاب مقبدا بما عدا ذلك لظهوره ولذا قدم
قول المنكر على قول المدعي في أبواب الفقه مع انها مسلمان الاصل في قولها المصدق وما ذاك الا
لان قول المنكر موافق للاصل معتضد به قروي جانبه وأما حديث الاقران فإنه يتأني في مسئلتنا فيما
إذا اتفقا على زمن واحد أو لم يتفقا كأن يقول رجعت يوم الجمعة عند الزوال ويقول الآخر بمت
يوم الجمعة عند الزوال فإن قضية تعارض الأصلين ان تحكم باقران البيع والرجوع بأن يكون أول أوقات
البيع أول أوقات الرجوع فيكون البيع باطلا وكذلك الحال فيما إذا لم يتفقا فليتأمل وربما احتمله بعض
متأخري المتأخرين في إذا وجد في الماء نجاسة وشكا في وقوعها قبل الكربة أو بعدها فحكم بالاقران
وطهارة الماء والاصحاب حكموا بالطهارة لو جود المتقضي لها وهو الكربة والشك في المانع وهو سبق
النجاسة فينفي بالاصل وليس كذلك ما إذا وقع في الماء نجاسة وشك في بلوغه الكربة فإنه وان تعارض
فيه أصل عدم بلوغه كرا وأصل الطهارة لكنهم رجحوا الاول لان ملاقات النجاسة سبب في تنجيس
ما يلاقيه وبلوغه الكربة شكول فيه فينفي بالاصل هذا إذا لم يتعين عليه استعماله وإذا تعين فلا بد من
الاستبصار واطلاقهم الحكم بنجاسته محمول على تعذر اعتباره بوقوع ماء آخر عليه حصل به الجهل بقدر
الماء الاول عند (حين خل) ملاقات النجاسة وهذا جاء بالتبع حرصا على تحقيق المقام (وكيف) كان قاتلحاد
الزمن حاله حال الاطلاق عند الاصحاب حيث أطلقوا ولم يفرقوا به صريح الشهود ان جازمين به في الدروس
والمالك والتمهيد ومنه يعرف حال الاقران قاتلهم أهملوه في أبواب الفقه جميعا الا نادرا منهم كما عرفت

ولو ادعى الراهن الغلط في اقراره قبض المرتهن الرهن تمويللا على كتاب وكله فخرج
مزورا او قال اقبضه بالقول وظننت الاكتماء به قدم قول المرتهن مع اليمين (متن)

آخا ولعله لانه في بعض المقامات لاحاصل مع ندرته وكونه حادثا والاصل علمه وانما حال وزود حدهما
فليس له ضابط يعتد به وهذا اهم من ذكره الاصحاب بالكلية وانما تعرض له بعضهم وشبهه بها
اذا وقع الذباب على نجاسة رطبة ثم سقط بالثوب على ثوب وشك في جفاف النجاسة فالاصل
بقاء الرطوبة فيكون نجسا والاصل طهارة الثوب لكن الاصل الاول وارد وصار على الاصل الثاني
فيقدمه ويرفعه وفيه من الحرج مالا يخفى قلله يزيد (يؤيد خ ل) الاصل الثاني ونحوه المثال
الثاني وهو اذا وقع في اثناء نجاسة وشك في بلوغه الكربة وحكى في (التذكرة) موصيلا وهو لو قال
الراهن اولا تصرفت باذنك ثم قال المرتهن كنت رجيت قبله فاقول قول الراهن مع يمينه وان قال
المرتهن اولا رجعت عما اذنت فقال الراهن كنت تصرفت قبل رجوعك فاقول قول المرتهن حينئذ لان
الراهن حين ما اخبر لم يكن قادرا على الانشاء وقد حكي المقدس الاردبيلي عن المحقق الثاني انه قال
هذا هو المفتي به ولعله ذكره في تعليقه على الارشاد واثبت خيرا بانا انما نزعنا الى الاصول لمكان
تعارض قولي المسادين لان كان الاصل صدقهما كما اثبتنا اليه وجور في محله فلا يتفاوت لطلابه
الاعتبارات الواهية التي تعرض اصعبنا واصعبها عنهما ثم ان التعايل لم يتضح وجهه ومرجعته الى تقدم
الدعوى وقال في (جامع المقاصد) بعد ان حكي هذا عن هذا البعض وقرب منه ما اذا تصادقا على صدور
البيع ثم اختلفا في حال الرجوع او تصادقا على صدور الرجوع ثم اختلفا في حال البيع اخذ بالاقرار
السابق (قلت) هذا ليس بشيء جديد اذ محل الاشكال في كلام الاصحاب ماذا تصادقا على صدور
البيع والرجوع واختلفا في المتقدم وانما اذا تصادقا على احدهما ونفى الآخر وقوع الآخر فاقول قوله
مع يمينه كما نص عليه في التذكرة والدروس وجمع البرهان قال في (التذكرة) بعد ان فرض المسئلة
فيما ذكرنا ولو انكر الراهن اصل الرجوع فاقول قوله مع اليمين لان الاصل عدم الرجوع وقول في
(الدروس) ولو ادعى الرجوع حلف الراهن ان ادعى علمه يعني عدم الرجوع والامر اوضح من ان
يبين الا ان يكون اراد معنى آخر والا فهذا منه غريب قوله ﴿ و لو ادعى الراهن الغلط ﴾
في اقراره قبض المرتهن الرهن تمويللا على كتاب وكله فخرج مزورا يريد انه تسمع دعواه ويخرجه
له اليمين على المرتهن لانه ابرز لاقراره وجها معتبرا لانه لم يكذب الاقرار في الحقيقة لكن ذلك
لا يقوى جانبه حتى يقدم به قوله مع يمينه بل جانب المرتهن مع ذلك اقوى لان الاصل في لاقرار
الصحة ومطابقة الواقع فيحلف على وقوع القبض لا على عدم وقوع الغلط ان لم تكن جبر الخلف
عليه في التذكرة في المقام فتأمل ويأتي نظيره ومثله ما اذا قال اخبرني من تركى اليه النفس بالقبض
ثم تبين انه لم يكن قبضه به عليه في المبسوط والمصنف في التذكرة في باب الاقرار قال لم يثبت
الى انكاره في المقامين لانه مكذب نفسه قوله ﴿ او قال اقبضه بالقول وظننت الاكتماء ﴾
به قدم قول المرتهن مع اليمين ﴿ للاصل المذكور ويحلف على وقوع القبض ومعنى اقبضه بالقول
قلت له اقبضتك ونحوه من القول الذي ليس قبضا وقد يوجد في بعض النسخ او اقبضته من دون

وكذا لو قال تعدت الكذب إقامة لرسم القبالة اما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه انه لا يلتفت اليه (متن)

لفظ قال فيجب تقديره أو نحوه **قوله** (وكذا لو قال تعدت الكذب إقامة لرسم القبالة) هذا به عليه الشيخ في المبسوط في المقم وجزم به في التذكرة في المقام وفي باب الاقرار والمحقق في مثله في باب الاقرار ونحوه المصنف في مثله في الارشاد في الاقرار أيضا ونسبه في مثله في المسالك الى الأكثر وذكر مثله المصنف في الكتاب في باب الهبة وفي باب الاقرار قال في الهبة ولو أقر بالهبة والاقباض حكم عليه وان كان في يد الواهب وله الاحلاف لو ادعى المواطاة وقال في الاقرار لو أقر ببيع وقبض اتين ثم أنكر وادعى الاتراء تعد العادة من غير قبض فالأقرب سماع دعواه فيحلف استعري وواقعه على ذلك في لقمين في حاتم المقصد وقال انه له احلافه على وقوع القبض وفي (الدروس) انه ليس به حلافه على نفي المواطاة وقال في (جامع المقاصد) كانه مبني على أن الدعوى بالمواطاة وما جرى مجراها غير مسموعة وإنما أحلف على حصول القبض لان الواهب يدعي فساد الاقرار بعدم وقوع القبض (فت) هو كما ترى وقد صرح هو أي الشهيد في حواشيه في المقام بأنه يحلف على عدم ما يدعيه لهن أو على وقوع القبض أو على عدم المواطاة ونحوه ما في التذكرة وفي باب الهبة تردد في الحلف على عدم المواطاة وفي باب الاقرار حكم بعدمه وفي (جامع المقاصد) حكم في الموضعين بأن له أن يحلف على الاقباض وعلى عدم المواطاة لان ذلك واقع نعم به البلوى فعلم السماع يقتضي الضرر وهو كذلك **قوله** (أما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه انه لا يلتفت اليه) كما في لا يضح وحواشي الكتاب وجامع المقاصد لان الاقرار في مجالس الحكم بعد توجه الدعوى ومطلب خواب مما لم يجر مادة في المساحة فيه والمجاعة والعقل يقتضي بأن المدعى عليه لا يقر الآن لا بما قدم على التواخذه به والالزم بمقتضاه فلا يجب الا بما هو محقق عنده ولولا ذلك لم يوثق بالأقرار لجارية في مجلس الحكم (وبه) أنه يمكن تصويره كما لو قال أقررت ليقرضني فلم يقرضني لانه أو أقررت الجزاء البيع المشروط ونحو ذلك على انه لا يتم فيما ذكره المصنف هنا وهو ما إذا قال لعلكم قبضته فاقول وظنت الا كتمان به ولما بدري بالدعوى أقررت بالواقع في اعتقادي ولما مرتبي بنسبته اليه وعمرت الحال أظهرت الحال ويمكن تصوير مثل ذلك فيما اذا كان اقراره لمكان كس وكيله وخار من يتق به ثم يتذكر انه كان مزورا وان الخبر كاذب ونحو ذلك ولعله لذلك لم يرجح في تذكرة مع ذلك لا يكاد يتصور في إقامة رسم القبالة ولعله لذلك فرض المسئلة في الايضاح في مسئلة القبالة والمواطاة وان كان في أول كلامه فرض المسئلة فيما لو ادعى الغلط في اخباره لكنه في الاستدلال اقتصر على مسئلة القبالة ودليله لا ينطق على غيرها فليحفظ ثم ان الاصحح أطلقوا في مقامات التي أشرنا اليه آنفا ولم يتعرضوا لهذا الشرط بل كاد يكون ظاهرا أن الاقرار بما عدى القبالة كان في مجلس الحكم ملاحظ ذلك ولولا قول المصنف بعد ذلك وكذا لو شهدت البينة بمشاهدة القبض لا خجل أن يكون التمسك متوجها الى التمسك خاصة وقد لا يكون هذا ما من تخصيص القيد بالقبالة لان الاصحح يذكر سماع قوله في دعوى إقامة رسم القبالة ويقيده به بما اذا لم تشهد البينة بمشاهدة القبض وإذا شهدت على اقراره بان من أنكر الاقرار وكيف كان فلا ريب أن الأقرب ما ذكره

وكذا لو شهدت البيعة بمشاهدة القبض ولو اعترف الجاني بالجناية على الرهن فصدقه الراهن خاصة اخذ الارش ولم يتعلق به حق المرتين ولو صدقه المرتين خاصة اخذ الارش وكان رهنا الى قضاء الدين فاذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعيه احد ولو جنى العبد فاعترف المرتين خاصة قدم قول الراهن مع اليقين (متن)

المصنف واحتراز بقوله بعد توجه الدعوى عما لو أقر في مجلس القضاء لا مع توجه الدعوى بل اقامة لرسم القباله مثلا فان اليقين على المرتين هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو شهدت البيعة بمشاهدة القبض ﴾ يعني بعنوان الرهن وانه باذنه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اعترف الجاني بالجناية على الرهن فصدقه الراهن خاصة أخذ الارش ولم يتعلق به حق المرتين ولو صدقه المرتين خاصة أخذ الارش وكان رهنا الى قضاء الدين ﴾ اذا أقر شخص بالجناية على العبد فان صدقه المراهنان فالارش رهن عند المرتين لانه عوض الرهن وان كذبه فلا شيء لهما وان صدقه الراهن وكذبه المرتين كان للراهن أخذ الارش ولا حق للمرتين فيه وان صدقه المرتين وكذبه الراهن كان للمرتين المطالبة بالارش ويكون مرهونة عنده لان حقه متعلق به حيث هو جزء الفأنت من الرهن ولا يؤثر في سقوطه انكار الراهن كما هو خيرة المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومراده بقوله كان رهنا الى قضاء الدين انه يبقى في يده الى حين قضاء الدين ولا كل رهن الى قضاء الدين ولما تنذر ذن الرهن هنا لانكاره لجناية وحب أن يحكم بليد للمرتين على أن المرتين يستحق اداة اليد على الرهن على مختار احواله ﴿ قوله ﴾ ﴿ فاذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعيه احد ﴾ اذ للمرتين اقطعت علاقته ولراهن ينكر استحقاقه والمقر يمتنع بوجوب أدائه عليه فيدفع الى الحاكم وقد في عنه الباس في التذكرة وختاره في جامع المقاصد والذي استقر عليه رأيه في التذكرة فيما اذا أقر بين زيد وأنكر ذلك زيد أن الحاكم يتزع ذلك ويحفظه لمالكه فاذا ظهر سلمه اليه وقال في (جامع المقاصد) انه أصح وفي (المبسوط والتحرير) في المقام أن الارش يرجع الى المقر وبه حكم في التذكرة أولا. قال انه أصح وجهي الشافعية ولم يتضح وجهه في المقام وفي الاقرار فديتصور له وجه كأن يقل الاصل في يد المسلم أن لا تكون عدوة له ورثه كانت يد استحقاق فلا يجوز الا نزاع من يده لان ذلك فرع كونها غير استحقاق وهو خلاف الاصل وان كان فيه نظر لان الاستحقاق خلاف الاصل والمدوان خلاف الاصل فذلك قالوا انها توضع في يد الحاكم وكيف كان فقد اتفقوا في المقامين أنه لا يتصدق به عن المالك مع ان قضية المال الضائع المحول للمالك أنه يجب التصديق به فورا ولعل ذلك لانحصاره في المقامين بين محصورين ولهذا قالوا في الاقرار اذ رجع المقر الى لاقرأ سلمت العين اليه ولعلمهم يقولون هنا اذا رجع الراهن الى الاعتراف سلم الارش اليه وقضية كلامه تحرير والتذكرة والكتاب حيث قال فيها اذا قضى من مال اخوانه يجوز القضاء منه وفي (جامع المقاصد) انه صحيح لا مانع منه وقد يقال أن المانع موهود وكلام المبسوط لا يدل على ذلك حيث قل فان أبرأ المرتين فليأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جنى العبد فاعترف المرتين خاصة قدم قول الراهن مع اليقين ﴾ حكى الشهيد عن ابن المتوج انه قال هذه العارة غير متجهة فان حكم عليه بكونه جانيا فاصوب نودى على العبد الموهون الخناية ووجه تقديم قول الراهن مع يمينه ردها الى المرتين ثم لا نه السات

ولو اعترف الراهن خاصة قدم قول المرتهن مع اليمين وان بيع في الدين فلا شيء للمقر له ولا يضمن الراهن ويحتمل الضمان مع تمكنه من التملك لعضائه ثمة في دينه (متن)

وضرر الجناية يعود اليه ويطلب الرهن الا أن ينفوا المجني عليه أو ينفديه أحداً أو يفضل منه فضل عن الجناية ويحتمل بقاء الرهن لعدم صحة اقرار المرتين واعتراف الراهن بالصحة وعلى تقدير البطلان وعدم العفو والفداء والفضل إذا بيع في يد المرتن لم يلزم تسليم الثمن اليه لأن العبد إذا كان جانياً لم يصح بيعه للمرتن لتعلق حق المجني عليه به وإذا لم يصح بيعه كان الثمن باقياً على مالك المشتري وإن لم يكن جانياً فلا حق فيه لتغير المرتن وقد أقر عدم استحقاقه ~~بما~~ قوله تعالى (ولو اعترف الراهن خاصة بغير قول المرتن مع اليقين في لاصالة عام جناية واستدباب الرهن ولا معارض إلا اقرار الراهن وبجورده لا يرد بها ولا ريب أنه لا يبين عليه كما شرح به في الدروس لا أن ادعى عليه عدم فيحلف على نفيه وأراد منه من العبارة بعيداً بقوله تعالى (ولو كان بيع في الدين فلا يرد الرهن ولا يرد من الراهن ويحتمل الضمان مع تمكنه من ذلك نقضاً عنه في دينه) لما علم ضمان الراهن فله بيع نفسه في الجناية ولا تعد به إذا الفرض أن البيع ليس منه ولا بأمره وهو عند الاستدلال بالامتناع من الدروس قال في (الامتناع) لأنه قد ادعى في دينه مع استحقاق المجني عليه في الدروس والامتناع من الدروس في (الامتناع) وجوان من قضا دينه به وهو عام فقرة (أ) في حق الدروس من ضمن فيه وهو في (الاجماع المقاصد) في شرح قوله ويحتمل الضمان مع تمكنه من ذلك إلى آخره كبرى القياس عند وهو في كل ما كان كذلك فهو مضمون وقد نقل الذارع الاجماع على حقنا لكبرى وقتن الدليل المذكور الضمان مع قضاء الدين به وأن لم يتمكن من القضا بوجه ظاهر فإن اقرار الراهن في نفسه لا ينافي المجني عليه إذا لم يولد حتى الرهن نادى في الدروس والامتناع من الدروس في (الامتناع) عليه الضمان وهذا قري بما قلنا قال الكبري في (الامتناع) من الدروس مع امتهان جميع ان كانت الجناية عمداً ويبنى بسحب المصروف والامتناع في (الامتناع) من الدروس إلى المجني عليه فلا يصح الاستدلال بالقياس المذكور على الضمان في هذا التردد من لو كانت الجناية خطأ وبيع أمر الراهن فإن وجه الضمان هنا ظاهر لأن الأمر بالبيع من الراهن يكون التزاماً له وبذمته والظاهر أن الأمر الحاكم بالبيع لسكونه نقضاً دين واجب منزل من الله أمره فنفي أن الأمر بذلك انتهى (قلت) قد بلغنا في فوجدنا فيه نظراً من وجوب (الدروس) أن الأمر من الراهن في (الاجماع) لم نجد فيه في نسخة عميقة مقابلة مربية محمداً وأما وجه ما حكيناه عنه في صدر المسئلة حرفاً فحرفاً وأنه اختار الاحتمال الاول والمحقق المار اليه ادعى بما نقل (الثاني) أن قوله ان منصوص الدليل المذكور الضمان إلى آخره (فيه) ان سورة الدليل المذكور هكذا هذا الله لا صرف منه في قضاء دينه وكل ما كان كذلك فهو مضمون وهذا لا يدل على الامتناع ولا وجه في ذلك ظاهر كما هو ظاهر فإن اخذت في الدليل أنه صرف منه في قضاء دينه بأمره مع الدليل واضح وجهه ولكنه خلاف الواقع لأنه ما أمر بذلك بل قبل ما أمره الله به من الاعتراف بالجناية والهي عن بيعه وتسليمه إلى المجني عليه فإني الحاكم عملاً بظاهر امره لا بوجه ومخالفة أمره فأمر الحاكم ليس بمنزلة أمره نعم لو لم يعترف بالجناية وما ظل ولم يرد كان أمره بمنزلة أمره فكان هذا الاحتمال ضعيفاً

ولو قال الراهن اعتقته او غصبته او جنى على فلان قبل ان ذهنت حلف المرتهن على تقي العلم وغرم الراهن للمقر له للحيولة (متن)

جدا ولهذا اضاف المصنف الى الدليل تمكنه من الفك حتى يكون متمصرا في الجملة وهذا ايضا ليس بما يحدى في نهيته (الثالث) ان ما اورده عليه غير وارد لان بيع العبد صحيح في ظاهر الشرع كما هو واضح فيتم الاستدلال بالقياس من هذا الوجه بلا شبهة (رابع) ان قوله نعم لو كانت الجناية خطأ وبيع بأمر الراهن فان وجه الضمان ظاهر (فيه) انه لو اعترف بان الجناية خطأ وفل في اخترت تسليمة للمجنى عليه لسرقته لان جنايته تنوع قيمته لم يكن منه أمر ولا يكون أمر الحاكم منزلا منزلة أمره وله كذا المفروض مادكره لاحتجاج الى الاستدلال بالقياس بل دليل الاجماع ولم يكن هناك احتمال بل يسهل الضمان كما هو واضح وقال في (جامع المقاصد) هذا اذا كانت الجناية بعد الرهن اما قبله : اي المقتضى لا يضيع حتى المجني عليه حدث رهن الجاني ولم يخبر بالحال وهو جيد جدا ووضح الوجه وسيدكره المصنف في ذكره (وفيه) تذكرة (الوجه) عندنا انه لا يغرم لانه اقر في رقبة العبد بما لم يعقل اقراره فيه فكان لم يتر اكن له ما كره وما نهيته تسليمة في اجنبية ويأتي تمام الكلام ان الله تعالى وقال في (جامع المقاصد) ان في عبارة مناقشة لانه لا معنى لقضاء الثمن في الدين لان الدين لا يمس فكذا لا يمس الدين بقوله تعالى انما يقول اتقوا دينه من ثمنه فهو كلام مقلوب وهو فن من فنون (قلت) انما انشاء الله لا يقال وفي ثمنه في دينه وان اريد به الاداء كما اني لانه ادنى من جميع ولهذا في المصنف في دون من ولو كان من باب القلب كما قال وهو ان يرد الدين من دينه حتى قوله نعم لو قال الراهن اعتقته او غصبته او جنى على فلان قبل ان ذهنت حلف المرتهن على تقي العلم وغرم الراهن للمقر له للحيولة (قسبة ذلك ان الراهن لا يقبل اقراره وان كان الكافي الحال لمسكان التهمة لجواز ان يكون الراهن والمقر قد تواطا على ذلك حتى رجع الرهن (وفيه) ان تم انما يتم في صورة العصب واجنبية وما في صورة العتق فكان التهمة مرتفعة ويرشد الى ذلك انه لا بد من تصديق المعصوب منه والمجنى عليه في الاولين دون العتق فانه لا يشترط تصديق العبد فبيني ان يكون الوجه في ذلك انه من ملك انشاء امر قبل اقراره به وهذا لا يملك انشاء فلا يقبل فيه اقراره (وعساك) تقول ان المشهور على انه يملك انشاء فيبقى مراعى (لا) قول (وكذلك الحال في الاقرار يبقى مراعى اذ الفرض انه لا ينفذ في الحال وفي ذلك بلاغ او قول انه لا يملك الانشاء لانه ممنوع منه شرعا لانه تصرف وان اقتضاه مراعى اذ فعله وخالف الشرع فكان غير مالك للانشاء شرعا فكان غير مقبول الاقرار شرعا (وقد يقال) ان انشاء العتق لا يعد تصرفا كما قيل في بيع المصوب فانهم جوزوه اذا اجازته المالك ولو كان نصرفا لما اجبت فيه الاجازة فكان الاعتماد على الاول (وقد يقال) ايضا ان عدم قبول اقراره في اجنبية مبني على ان رهن الجاني لا يجوز مع انه جائز فكيف لا يقبل اقراره فيها (قلت) قد تقدم التأمل في ذلك في العمدة وان قواعد الرهن تقضي بعدم جوازه وان ذهب الاكثر الى الجواز واما في صورة الخطاء فالظاهر انه لا خلاف في انه جائز كما هو ظاهر المسالك هناك نكس ظاهر اصحابنا ان مولاه لا يجبر على فكه وانه مخير بينه وبين تسليمة حيث تكون خطا الا ان تقول هذا اذا لم يرهنه وقد

جنى قبل واما اذا رهنه كذلك فقد قول انه انهم بكه كما اذا باعه فيكون اقراره في صورة الخطاء نافذا فيغرم للمجنى عليه ويستمر الرهن فلا معنى لعدم قبول قول الراهن اذ لا تهمة حينئذ ولا مانع الا ان قول ان هذا يخالف ظاهر كلام الاصحاب على ان ذلك يخل بلزوم الرهن في وجه وهو ما اذا عجز المجنى عليه عن اخذ الغرامة من الراهن فانه يرجع الى العبد فيخل بالرهن وان بعد الفرض الا ان قول ان رهن الجاني خطأ ليس التزاما للقضاء بخلاف البيع لان محل الجناية باق هنا والجناية لا تنافي الرهن الا ترى انه لو جنى وهو مرهون تتعلق به الجناية ولا تبطل الرهن وهو قول بعض العامة وظاهر جماعة كثيرين من اصحابنا في مقامات منها ما نحن فيه وما زاد في المسالك ان قال فيه وجهان ولم يقل قولان فأمل واما حلف المرتهن على نفي العلم قائما هو اذا ادعى عليه العلم وقضية كلام المصنف والمحقق الثاني انه يحلف على نفي العلم وان قال لا ادري لانهما اطلقا الكلمة وفي المسئلة اشكل عظيم والذي يستفاد من ظواهر الاصحاب انه حيث يقول لا ادري يلتزم (يلزم خ ل) او يرد احتياطا ولا معنى لتحليفه على نفي العلم لان المدعي يقول هذا عهدي وغصبه (وغصبته «ظ») مني لكنك لا تعلم وتحريرها في محلها وبمضهم يقول حيث يدعي عليه العلم انه يحلف على نفي العلم ولا يجب عليه الرد لو نكل واذا حلف على نفي العلم فان كان في الواقع عالما اندفعت عنه الغرامة دون الائم وان لم يكن عالما قائما تندفع عنه باليمين الغرامة ولا ائم عليه حلف اولم يحلف كأن اسقطوا اليمين عنه وهذا في غير الجناية وأما فيها اذا كانت خطأ فلا غرم عليه ولا ائم حلف اولم يحلف علم ام لم يعلم لما عرفت من انه انما يغرّم في فرض بعبد خلفه فيها لثبته لا غير ان قلنا بان رهنه التزام بكه والا فخاله ما قد مناه فتقوله في جامع المقاصد في توجيه حلفه على نفي العلم ان تخلص نفسه من الائم والغرم امر مطلوب فاذا حلف اندفعت الدعوى لم يتضح لنا وجهه واما غرم الراهن للمقر له حيث يحلف المرتهن فلهيولته بين هؤلاء وبين حقوقهم برهنه قبل الاقرار (وفيه او لا) انه اذا اقر بما يوجب القصاص لم يقبل اقراره على العبد فلا غرامة وقد سمعت آما ما في التذكرة من انه قال الوجه عندنا انه لا يغرّم لانه اقر في رقة العبد بما لا يقبل اقراره نعم أن ملكه يوما فعليه تسليه في الجناية وكذا لو اتفك انتهى ولعل مراده في التذكرة انه اقر بما يوجب القصاص وانه يسلمه للخصومة لا للجناية وكيف كان فيجب تقييد كلام المصنف هنا بما اذا اقر بما لم يوجب القصاص (وثانيا) اتاقدينا انه ان كان رهنه كيحه التزام بالملك في صورة الخطاء فعليه الغرم للمجنى عليه حلف المرتهن ام لم يحلف بل لو صدقه المرتهن كان عليه الغرم وقد بينا انه انما يحلف بخافة الحلل في الرهن في الفرض البعيد الا ان قول ان مبنى الكلام في المقام ان رهنه ليس التزاما بالملك وبقي هنا شيء وهو ما اذا تمرد جواب المرتهن كأن مات وورثه يتيم فان المقر يغرّم للمقر له قطعا كما في الاضاح وكيف كان فيجب يغرّم في صورة النصب يضمن القيمة ولو ضمنه كل قيمة تعبد للعبد الى ان يفكه او يموت اي العبد كان له ذلك وفي صورة الخيانة يغرّم اقل الامرين من القيمة والارش على المشهور وعند الشيخ الارش في بعض اقواله في غير هذه المسئلة واما في صورة العتق فيأتي الكلام فيها انشاء الله تعالى عند تعرض المصنف لما وبقي هنا شيء وهو ان ظاهر المصنف وولده والمحقق الثاني ان كل من ادعى عليه العلم انه يثيب الخلف عليه على نفي العلم فان نكل وجب عليه الرد وبمضهم يقيّد ذلك بما اذا لم يكن مثارا للفساد العظيم كتخلف كل من حكم له او شهد له على نفي العلم بالنسق او بان الشاهدين لم يشهدا زورا كما يأتي بيانه في آخر البحث

ولو نكل فلا قرب احلاف المقر له لا الراهن فيباع العبد في الجناية والفاضل رهن او العبد فيعتق ولو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه بالحيلولة وعدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر باقراره والمرتهن بنكوله (متن)

في المسئلة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو نكل فلا قرب احلاف المقر له لا الراهن ﴾ كما في الايضاح وجامع المقاصد لان الحق للمقر له والراهن لا يدعي لنفسه شيئاً ولا يجوز الحلف لاثبات مال الغير ووجه احلاف الراهن انه المالك والخصومة بينه وبين المرتهن ولانه ينفي عن نفسه الضمان وخلاصه منه امر مطلوب فاذا ردت عليه اي الراهن فهل ترد بعد على المجني عليه يحتمل ذلك لان الحق له فلا ينبغي ان يبطل بنكول غيره ويحتمل العلم لان اليقين لا يرد مرة بعد اخرى ويأتي الكلام فيما اذا ردت على المقر له فنكل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيباع العبد في الجناية والفاضل رهن ﴾ اذا حلف المقر له اليقين المردودة ثبت الحق في المنصوب يأخذ المنصوب منه ماله ولم يتعرض له المصنف لظهوره وفي الجناية يباع العبد ان استوعبته اولم يمكن بيع ما استدعيه الجناية والفاضل عنهما من القيمة يكون رهنا وان أمكن بيع مقدار الجناية فالباقي كما كان رهن كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد في بيان مختار المصنف (وقد يقال) ان اليقين المردودة ان كانت كالبينة او كالاقرار كان الحال فيه كالحال فيما اذا قامت البينة انه كان جانياً قبل او اقر المرتهن بانه كان جانياً كذلك فلا يصح الرهن في شيء منه ولا ينطبق ما في المقام الا على القول بأنها ليست كاحدهما (وكيف كان) فهل ليس للمرتهن الخيار في فسخ البيع ان كان الرهن مشروطاً في بيع لان الفوات جاء من نكوله ام لا لانه لم يسلم له الرهن والنكول عن اليقين امر مندوب ﴿ قوله ﴾ ﴿ او العبد فيعتق ﴾ العبد بالجبر مطوف على المقر له ولما كان الاقرار بمثقه لا يسمى في عرف الفقهاء اقراراً له لان شرط المقر له ان يكون ممن يملك الحق الثابت بالاقرار والعبد لا يملك نفسه الا مجازاً فقوله في جامع المقاصد ان نظم العبارة ليس بحسن لان العبد مقر له فيندرج في قوله فلا قرب احلاف المقر له فلا يحسن قوله بعد او العبد فيعتق لان ذلك تكرار بغير فائدة مع ايهاه عدم اندراجها في قوله المقر له ليس بحسن ولا صحيح بل هو جار على قواعد الاقرار خال عن التكرار مشتمل على ايماء الى ذلك لا على ايهاه بخلاف ذلك اتى به عن عمد وقصد والا فما كان ليخفى على المصنف مثل ذلك وقوله فيعتق بفتح الياء وكسر التاء يقال عتق يمتق عتقا خرج عن الرق كما في القاموس ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه بالحيلولة ﴾ اي احتمل ضمان المقر لاعترافه بالحيلولة الموجبة لضمانه فلا يسقط النرم الواجب بسببها بنكول المقر له كما هو خيرة الايضاح وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر باقراره والمرتهن بنكوله ﴾ اي يحتمل عدم ضمان المقر لتقصير المقر له بنكوله وفي (جامع المقاصد) انه ليس بشيء لان تقصيره في اثبات حقه على المرتهن لا يسقط حقه على الراهن على أن النكول عن اليقين لا يبعد تقصيرا لان اليقين محذورة والقرار عنها امر مرغوب وعدم تقصير الراهن بالاقرار لا يرفع ماوجب عليه بالمدوان السابق حيث رهنه ولم يخبر بالواقع ولعل غرض المصنف من تمكين المقر باقراره الاشارة الى معنى دقيق وهو اننا لو مكنا كل امرء من تخليف الآخر على قبي العلم فان حلف والا قضي عليه بالنكول او وجب عليه الرد لكان مثار الفساد وهو اجترأ الناس على تخليف اصحاب المروءات والديانات او الزامهم بالقرامات كأن يقول هذا الكتاب أو هذا

وغرامة العبد بفكه عند الحلول فان تذر وبيع فكه بالقيمة وبالازيد على اشكال
فان اعتق فلا ضمان الا في المنافع التي استوفاهما المشتري لا غيرها اذ منافع الحر لا
تضمن بالقوات (متن)

العبد أو هذا السيف أو المارمالي وأنت تعلم ذلك فحلف أو رد البين على أو يدعي على المدعي عليه
انه يعلم فسق الحاكم أو ان الشاهدين شهدا زورا الى غير ذلك مما لا يحصى فلا بد من أن تكون
الدعوى مما لا يستبعد وقوعها ولا يحصل منها ومن مثلها الفساد العظيم وبعض مشايخنا المعاصرين
حرمه الله تعالى كلن يتسك بمثل هذا على الحلف على قبي العلم حيث يقول المدعي عليه لا أدري فالمعنى
الذي أراده المصنف ان المقر باقراره مكنه من سماع الحاكم دعواه وأخرجها عن موضع اثاره الفساد
ولولا أن يقره بذلك لم تسمع دعواه عند حاكم يقول بمثل ذلك ولم يمكنه من تخليف الرهن على قبي
العلم والزامه عند نكوله بالرد قول الحق الثاني ولا يحصل لقوله مع يمكن المقر باقراره فان رد البين
على المقر له لا يتوقف على اقرار المقر له لم يصادف محله فليتأمل لكننا نحن لا نوافق على ذلك ان
كان هذا مراده لان دعوى العلم بان هذا المال له كدعوى ان هذا المال له وقد فتحه الشارع
شارعا والمسئلة محلها بابها **قوله** **﴿ و غرامة العبد بفكه عند الحلول ﴾** لان غرامته له
انما تقبل بفكه من الرهن اذ لا يقبل أمر آخر مثل غرم القيمة مثلا اذ الحر لا قيمة له قال في
(جامع المقاصد) قوله عند الحلول مستدرك بل مفسد لان فكه واجب سواء كان قبل الحلول أو بعده
وان كان بعد الحلول قد صار متسكنا من الزام الرهن باستيفاء دينه وقت الرهن الا أنه قبل الحلول
لو أمكنه ذلك بارضائه ولو يذلل زيادة وجب عليه (قلت) مراده بقوله عند الحلول عند
التسكن لان الغالب فيمن يستدين انما يستدين لمكان الحاجة والضرورة وان كان من المتدينين بسنن
الشريعة لا يستدين الا عند الضرورة وشدة الحاجة ولا يحتاج فيه الى قيد الغلبة والغالب فيهما عدم
القدرة على الوفاء الا عند الاجل الذي يظن قدرته فيه عليه والا فكيف يحكم عليه بالقدرة عند عدم
القدرة ثم ان الراهن قد يكون على غير المؤجل وهو الغالب فلا اعتراض عليه به ويرشد اليه قوله بعد
ذلك فان تذر وبيع فكه اذ على ما فهمه الشارح يكون كفرض الحال فينبني الاعتراض عليه به
أيضا فلم ان قوله عند الحلول كناية عن القدرة والتسكن فخص هذا القسم من الدين بالدكر ليعرف
منه حال غيره وار قال بفكه حيث يتمكن لكان أوضح وأحسن لكن هذا أدق وأقن ونوم الفساد
بادء بدء يتدفع بوضوح المراد مضافا الى ملاحظة ما بعده **قوله** **﴿ فان تذر وبيع فكه ﴾** فان تذر وبيع فكه
بالقيمة **﴿** معناه ان لم يتمكن في المؤجل وغير المؤجل لعدم القدرة على وفاء الدين كما هو الغالب أولغير
ذلك ثم تمكن من فكه بالقيمة فما دون وجب عليه الفك بلا شبهة كما في (جامع المقاصد) وبه جزم في
الايضاح كما هو واضح **قوله** **﴿ وبالازيد على اشكال ﴾** أصح وجوب فكه عليه لوجوب
تخليص الحر ولا يمكن الا بالازيد ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب فيجب ولو أحاط بمال الراهن
واستلزم الضرر لانه أدخله على نفسه كلفي (الايضاح وجامع المقاصد) الا أنه في الاخير استثنى ما اذا
أجحف بماله ولم يرجع الشهيد في الحواشي **قوله** **﴿ فان أعنت فلا ضمان الا في المنافع التي
استوفاهما المشتري لا غيرها اذ منافع الحر لا تضمن بالقوات ﴾** لو أعنت لم يضمن الا المنافع التي استوفاهما

وقبله يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجنابة (متن)

المشتري بنفسه أو بأذنه لا الرقبة لأن رقبة الحر لا تضمن إلا بثلاثة والمنافع التي لم يستوفها لا تضمن لأن منافع الحر لا تضمن بالفوات وظاهر العبارة أنه لو استوفى المنافع غير المشتري بأن غصب العبد غاصب فانتفع به أنه لا يجب ضمانها على المقر وهو محتمل لأن ذلك ليس ناشئاً عنه لأنه عدوان ويحتمل الضمان لأن الظاهر أنه غصبه زعمه أنه مملوك وذلك الاعتقاد بسبب المقر كذا قل في جامع المقاصد فليأمل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقبله يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجنابة ﴾ أي يضمن منافع العبد قبل العتق في حال العبودية الظاهرية قال في (الايضاح) أوردت على المصنف رحمه الله أن ضمان منافعه لا يحكم شرعاً بملك العبد لها والا لزم أحد الأمرين إما تملك العبد شيئاً وليس للمولى التصرف فيه وهو باطل إجماعاً وإما أن يملكها المشتري فإن غرمنا المقر تسلسل والاتفت فائدة الترم ومعنى التسلسل أنه لو أخذ المشتري غرامة المنفعة التي استوفها لزم المقر تلك الغرامة للعبد فلما ان يكون للمشتري أخذها أولاً فإن كان الأول غرمها ثانياً وثالثاً وهكذا إلى مالا يتناهى لانا قلنا أن كل غرامة يغرماها المقر للعبد فهي من منافع العبد فتكون للمشتري فيغرما أيضاً المقر وهكذا فيلزم التسلسل قال (وأجاب) المصنف رحمه الله بأنه يغرما وقد عند الحاكم لأحد أمور ثلاثة إما لما يتبع به العبد بعد العتق كالجنابة أو حتى يمتق العبد أو يموت فيرثها الإمام أو وارثه الحر لأن الإقرار بالملزوم يعني العتق إقرار باللازم يعني الإرث انتهى وهو كلام حق متين كما يظهر وجهه إن شاء الله تعالى (وقد اعترضه) المحقق الثاني بما لا يؤثر أن يقع من مثله قال وأما ضمانها فقد يتوهم امتناعه لزوم التسلسل وهذا إنما يتم لو قلنا بأن كل ما ضمن للعبد لا بد من دفعه إليه على وجه يعلم به المشتري وليس ذلك بل لازم لا يمكن ضمانه له على وجه يرضى ببقائه في يده أو يد شخص آخر بالوكالة أو يسلمه إليه بحيث لا يعلم المشتري ويسره العبد عنه انتهى وقد سبقه إليه الشهيد في حواشيه وانت خير بأنه إذا كان العبد محكوماً عليه بالرقبة شرعاً ولا سيما إذا كان لا يعلم أنه اعتقه كيف يجوز له الحاكم أو يصح له هو أن يسره عن مولاه ويتصرف فيه كيف يشاء والمفروض أن هذه الغرامة من منافع العبد وملكه فلا بد وأن يلزم أحد الأمرين إما تملك العبد شيئاً وليس للمولى التصرف فيه وهو باطل إجماعاً أو التسلسل فإن الملك في ظاهر الشرع وكيف يمد هذا توهماً وهو حق واضح (فإن قلت) فامعنى ضمانها حينئذ له (قلت) معناه أنه لا يسلمها إليه بل يدفعها إلى الحاكم كما صرح به الشهيد ونبه عليه المصنف في جواب ولده (ثم اعترضه) ثانياً بأنه إنما يتم إذا قلنا بأن كل ما وصل إلى المشتري من العبد يجب على المقر ضمانه ومقتضى كلام المصنف ألا تأتي فيما لو سعى العبد أنه لا يضمن المقر إلا أجره المنافع دون ما دفعه للكتابة عدم الضمان وحينئذ فإذا أخذ المشتري لا يجب ضمانه دفعة أخرى انتهى (وفيه) أنه كيف لا يضمنه وقد فرط في دفعه له لعله بأن الحاكم يأمره بدفعه للمشتري وعلمه أيضاً بأن العبد لا بد وأن يدفعه إليه إذا لم يكن عالماً بالعتق فكانه رماه في البحر قال أصل في الضمان التفريط وعدم الإيصال إليه لما قاله الشارح كما هو واضح (واعترضه) ثالثاً بأن قوله أجره المنافع تعدد عند الحاكم إن أراد به تعيين ذلك (فيه) أنه لا يتعين بل إن أمكن أن يرصد في يد شخص بأذن العبد جاز بل هو متعين ومقدم على التسليم إلى الحاكم (قلت) قد تقدم ما يدل على فساد هذا فكان الحال فيه كمال الثائب ويأتي بيان الحال إن شاء الله تعالى وكيف يصح للعبد أن يأذن وهو

وان اعتق من الزكاة فلا ضمان فيه وكذا لو ابرأه السيد ولو عجز عن آداء الجميع وجب دفع ما يتمكن منه ولو كانت مشروطة فدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة ثم استرق رجع المقر بما دفعه في التخليص (متن)

الفروع اما تتخرج على ضمان أكثر الامرين واحتمل فيه تبعا للايضاح ضمان أقل الامرين لانه ان كان المدفوع أقل فهو التالف وان كانت الاجرة أقل فهي المضنونة على ما سبق أولا قال في (جامع المقاصد) وضعفه معلوم وأما قوله بخلاف الميراث ففي الحواشي انه جواب دخل مقدر تقديره لم حكمت هنا بضمان الاجرة ولو فرض موته فأدى مال الكتابة من ميراثه وجب ضمانه للوارث وان كان أريد من أجرة المنافع (وجوابه) انه مدفوع بأمر الشارع لا باختيار المكاتب وأمر الشارع نشأ عن تسبب المقر فيكون عليه ضمان الجميع وقال في (الايضاح) يريد أن يبين الفرق بين مال الكتابة وبين ما أدى في فك رقبته او مات مورثه ولم يخلف وارثا غيره وخلف تركه فان المقر يضمن العين لانه آداه بأمر الشارع فيما وجب عليه شرعا ظاهرا بسببه فلم يتحقق فيه تبرع أصلا ولا تتصور الاجرة هنا ولا يحتمل هنا عدم ضمانه لما دفع وحاصله أن الدفع هنا بأمر الشارع الناشئ عن رهن المقر والمدفوع هناك باختيار العبد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان اعتق من الزكاة فلا ضمان فيه ﴾ أي لو اشترى هذا العبد من الزكاة وأعتق أو أدى مال الكتابة من الزكاة فلا ضمان في هذا المال اذ لا منافع مستوفاة اذ لا تقويت ولم يدخل المأخوذ في ملك العبد واحتمل الشهيد ضمانه للاصناف وقواه هو والمحقق الثاني لان صرفه في غير وجهه مستند الى تسببه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو ابرأه السيد ﴾ أي لا ضمان وهذا المال اذ ابرأه السيد اذ لا مال يقتضي الاقرار ولا ابراء ويحتمل أن يكون المراد أن لا ضمان له أصلا فلم يستوف المشتري شيئا من ماله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عجز عن آداء الجميع وجب دفع ما يتمكن منه ﴾ أي لو عجز المقر عن آداء جميع مال الكتابة وجب عليه أن يدفع ما يتمكن من دفعه لان فيه تخفيفا على العبد وقليلًا لديه ومالا يدرك كله لا يترك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كانت مشروطة فدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة ثم استرق رجع المقر بما دفعه في التخليص ﴾ يريد لو أن المشتري كاتب العبد فدفع له من قيمة العبد إليه أو الى المشتري باذنه لعجزه أي المقر عن تمام الكتابة لان كان أزيد من القيمة ثم ان العبد عجز عن آداء تمام الكتابة فردّه المشتري الى الرقية فان المقر يرجع بما دفعه في التخليص لا بعاء عاينه واحتمل الشهيد في حواشيه والمحقق الثاني عدم الرجوع لان المشتري ملكه بالدفع على انه من مال الكتابة فالشان فيه كالشان في المأخوذ من الزكاة فانه لا يستعاد لو دفع الى المولى أو الى العبد فدفعه الى المولى فها أولى (قلت) عدم استعادتها أي الزكاة في العرض محل تأمل ولم أجد مصرحا به لافي باب الزكاة ولا في باب المكاتب بل ظاهر بعض العبارات في البابين أن الزكاة انما تدفع حيث تورث حرية (وقال) المحقق الثاني الحق أن يقال انه الرجوع فيما بينه وبين الله عز وجل ان كان اقراره صحيحا واما ظاهرا فان دفع الى المشتري ذلك وأخبره بالصورة حين الدفع فله الرجوع عليه وكذا لو أر بأن الدفع ما كان الا هذه الجهة والا فلا (قلت) الحق ان كان اقراره صحيحا ودفع ذلك الى العبد فدفعه الى المشتري فلا رجوع له بحال وان كان دفعه الى المشتري باذن العبد أو بدونه فله الرجوع اذ المفروض علم المشتري بذلك لانه في الصورة الاولى يملكه العبد الذي هو حر ولا كذلك في الثانية

ولو جنى على عبد المقر أو نفسه أو مورثه وكان عبداً أو مكاتباً خلص منه بقدرها ولو أوصى لشخص بخدمته دائماً ولا آخر برقيقته فأعتق ضمن له أجره المثل لكل خدمة مستوفاة ولو مات عبداً ضمن لوارثه الحر أجره منافعه المستوفان وما وصل إلى مولاه من كسبه ولو اعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمن للامام (متن)

وكلام المصنف ينزل على الصورة الثانية وأما حيث لا يعلم المشتري فلا رجوع له ظاهراً ولا باطناً وإن كان إقراره ظاهراً فتفصيل الحق المذكور هو المتعين وذكر القيمة في الفرض لأن الواجب عليه فكه بما يتمكن وحيث عجز عن تمام مال الكتابة تبينت القيمة كما سلف له من قوله وإن كتب بالقيمة إلى آخره فليأمل **قوله** **﴿ولو جنى على عبد المقر أو نفسه أو مورثه وكان عبداً أو مكاتباً خلص منه بقدرها﴾** إذا جنى هذا العبد الذي أقر الراهن بحريته وكان باقياً في قيد الرق كأن كان قنّاً صرفاً أو مكاتباً على عبد المقر أو نفسه أو مورثه الذي مات قبل الاستيفاء وورثه المقر فإنه يخلص منه من سلطان المشتري مقدار ما أوجبه جنايته كلاً أو بعضاً فإن كان الثاني وجب عليه أي المقر السعي في تخليص ما بقي ومن المعلوم أن المراد ما إذا كانت الجناية عمداً ولم يقتص أو خطأ وسلمه المشتري ولم يفده فلا ينبغي من الشهيد أن يناقش المصنف في الواضحات وقد تبعه على ذلك الحق الثاني قال في الحواشي هذا ليس على إطلاقه بل إنما يتم إذا كانت الجناية خطأ ولم يفده المالك أو عمداً ولم يقتص أما لو اقتص أو فداء المولى لم ينسحب الحكم انتهى وكيف كان فيسقط عنه وجوب تخليصه لكن لا يستقط عن المبدأ القصاص في العبد ولا المال في الخطأ فلو ثبت له عليه أجره المنافع قاصداً حيث تجتمع شروط القصاص أو يتهاوناً صلحاً ولو فداء المشتري حرم عليه أخذ العوض ولو دفعه في قيمته ليفكه بالشراء إلا أن يخبره بالحال ويدفع إليه تبرعاً فلم يتبرع دفعه إلى الحاكم وكان كالمجهول المالك ولو خلص العبد من الرق وقاصداً أو تهاوناً صلحاً على الظاهر فليأمل وليس للمقر المطالبة بالجناية حيث يفكه المولى مادام في قيد الرق **قوله** **﴿ولو أوصى لشخص بخدمته دائماً ولا آخر برقيقته فأعتق ضمن له أجره المثل لكل خدمة مستوفاة﴾** يريد أن المقر في هذا الفرض يضمن لهذا العبد الذي صار حراً واستنحت خدمته كل خدمة استوفاه الموصى له وأما المنافع التي قامت فإنها لا يجب ضمانها لأن منافع الحر لا تضمن بالفوات وفي (جامع المقاصد) أنه يضمن له كل ما استوفاه منه مما له قيمة من خدمة وغيرها وهو كذلك بناء على ضمان أكثر الأمرين **قوله** **﴿ولو مات عبداً ضمن لوارثه الحر أجره منافعه المستوفاة وما وصل إلى مولاه من كسبه﴾** يريد أنه لو مات العبد عبداً ضمن لوارثه الحر الذي لا مانع له من الإرث منافعه المستوفاة وما وصل إلى مولاه من كسبه وهذا لا يجري إلا على القول بضمان أكثر الأمرين ويحتمل أن يكون المراد لو مات العبد وقد أوصى به قبل أن يعتق على ما سبق وقال في (جامع المقاصد) ولو سكت عن قوله الحر لم يضر لأن العبد لا يبعد وارثاً والتقييد بالحر لا يكفي في كونه وارثاً أجره منافعه المستوفاة على ما سبق وما وصل إلى مولاه من كسبه (قلت) وقد يكون التقييد بالحر لإخراج ما إذا كان وارثاً رفاً ولكن منافعه تقوم بفكه ويبقى منها بقية فتأمل **قوله** **﴿ولو أعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمن للامام﴾** يريد أن المشتري لو أعتقه تبرعاً بحيث ثبت له عليه الولاء ظاهراً فأخذ كسبه بالولاء إرثاً فإن المقر يضمنه للامام إذا كان المقر قد أعتقه سائبه إذ لو أعتقه تبرعاً كان الولاء له وإلى ذلك أشار الشهيد في حواشيه حيث قال

ولو انتقل الى مورث المقر فاعتقه في كفارة او نذر غير معين وحاز المقر التركة او بعضها
اخرج الكفارة والنذر ولا تزامم الديون والوصايا مع التكذيب ولو استولمها المشتري لم
يحسب على الولد نصيب المقر لو كان وارثا (متن)

في كلام المصنف ليس على اطلاقه بل ان اعترف بعقده في واجب والا فلا وبالجملة في موضع
يكون الامام وارثا انتهى واطلاقه ضمان الكسب للامام يخرج على ضمان اكثر الامرين والاضمن
اجرة المنافع خاصة كما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انتقل الى مورث المقر فاعتقه في كفارة
او نذر غير معين وحاز المقر التركة او بعضها اخرج الكفارة والنذر ﴾ اذا حاز المقر التركة وحده
من غير شريك وقد كان مورثة اعتقه في كفارة فلا ريب ان اعتاقه غير محز لان عقده باطل لانه اعتق حرا
وكذلك لو نذر عقده بعينه فلن نذره باطل فلهذا فرض المصنف انه اعتقه في نذر غير معين حتى يصح
النذر ويظل العتق فيصير انه لو اعتقه حيث يجب عليه عتق بنذر او كفارة فان العتق يبطل وتبقى
الكفارة والنذر في ذمة مورثه فيجب عليه ان يخرجها مما في يده وكذا لو كان مورثه اعتقه في زكاة
واجبه وجب على المقر اخراج تلك الزكاة والامر في ذلك واضح اذا كان قد حاز كل التركة واما اذا
كان قد حاز بعضها فلن صدقه الشريك فذلك وان كذبه فلا بد ان يكون البعض بقدر الكفارة وان يكون
الاقرار ينزل على نصيبه كما هو مقتضى كلام المصنف وان قلنا ان كل اقرار ينزل على الاشاعة لانه
غير ذاك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تزامم الديون والوصايا مع التكذيب ﴾ يريد ان هذه الكفارة الباقية
في ذمة مورثه لا تزامم الديون مع تكذيب ارباب الديون له في انه حر لو ضاقت التركة فلا يقبل
اقراره عليهم ويجب عليه صرف التركة في الدين وتبقى الكفارة في ذمة مورثه وقد حصل مقصوده
بما فعله مورثه لانه كان يجب عليه دفع قيمته الى الفل ك وقد حصل لكن يجب عليه اخراج الكفارة
من التركة على ما يقتضيه التقسيط بحيث لا يعلم ارباب الدين بل لو كان اجنيا لوجب عليه ذلك اذا
كان المال في يده كما اذا كان في ذمة الميت دين وعلم ان الوارث لا يؤدي فانه يؤدي اما مستقلا
او باذن الحاكم كسئلة الحج وحينئذ فالواجب انما هو القدر الذي اشتراه به مالم يزد عن ثمن المثل
او عن قيمته يوم اعتقه ولعل المدار على قيمته يوم اعتقه سواء زادت بتعلم صنعة او زيادة صفة او قصت
بقتدها وكذلك الحال في التندر الغير الممين من دون تفاوت ويبقى الكلام في تصوير مزاحمة
الوصايا لهما بحيث تستوعب التركة ولا ينفذ قرار المقر على اربابها لان الوصايا من الثلث فلا بد ان
يبقى بعدها بقية فتصرف في النذر او الكفارة نعم قد يتصور قصور الباقي فلا تزامم في الثلث الا ان
تقول انه يتصور ذلك فيما اذا اجاز الوصايا فيؤخذ بها ظاهرا وان حرمت عليه اجازتها هذا وفي (الحواشي)
انه لا يزامم اذا لم يصدقوه واما اذا صدقوه فانه يزامم وانما يتم اذا كان المورث عالما اما مع الجهالة
فان الغرم يختص بالمقر وان صدقوه انتهى فأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استولمها المشتري لم يحسب
على الولد نصيب المقر لو كان وارثا ﴾ يريد انه لو كان هذا المملوك امة وانتقلت الى المشتري فاستولمها
ومات وكان المقر وارثا له فان نصيبه من المستولمة على تقدير الرقية لا يحسب على الولد من نصيبه من
التركة لا عتاقه بكونها حرة (قلت) بل يجب عليه ان يدفع القيمة الى باقي التركة عن الولد فلو غرمها

ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر فلا يخرج ما اوصى له به منها الا في اخذه في دينه لو دفع اليه فينتق ولو اعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر انكاره في اللزوم ان اشترطناه ولو اعترف احدهما خاصة فاقول قول المنكر (متن)

الولد لم غرمها له لانه مكلف بالفك **قوله** (ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر فلا يخرج ما اوصى له به منها الا في اخذه في دينه لو دفع اليه فينتق) لما كان هذا العبد حرا عند المقر فلو أن مشتره اوصى لهذا المقر من ماله بشي معلوم (معين خ ل) شخصي أو غير شخص وكان محتمل الزيادة عن الثلث ومات ولم يجز الوارث فاحتجنا الى معرفة قدر الثلث لتخرج منه الوصية فان العبد لا يحسب من التركة لانه ليس منها يزعم المقر فيكون له من الثلث بحسابه وكذا لو اوصى له بثلث ماله فانه يأخذ من كل شي ثلثة الا العبد لكنه يجب عليه ان يطلب من الوارث ان يحصره ما اوصى له به في العبد ويصلحه به عما شخصه له اذا انحصر لانه لا طريق الى فكه حينئذ سواء وقال في (جامع المقاصد) قوله فلا يخرج ما اوصى له به منه المتبادر منه ان ما اوصى به المشتري للمقر لا يخرج فان الضمير الاول للمقر والثاني لوصيه والثالث للعبد ولا يحصل له لانه لو اوصى له بعبد يختاره الوارث فدفع اليه هذا العبد لم يكن له الامتناع بعد قبول الوصية خصوصا اذا توقف تخليصه على القبول فانه يجب قطعا ويحسب من مال المشتري على هذا التقدير فلا تخلو العبارة من شي الا أن تنزل من على معنى السببية وفيه مالا يخفى (قلت) اذا ضنا يخرج معنى يحسب لم يبق في العبارة شي هذا واما قوله الا في اخذه في دينه الى آخره قد قال في جامع المقاصد في يانه ما نصه لو كان ما اوصى به المشتري ديننا فدفع اليه عن دينه وجب القبول فينتق عليه حينئذ بمقتضى اقراره ثم قال (فان قلت) انما يجب قبول المدفوع اذا ساواه جنسا او قدرا فكيف يجب قبول العبد (قلت) يمكن فرض المساواة كما لو كان العبد ثبت بالسلف وطابق الواجب ما في الذمة ويجب ايضا قبوله لو انحصر طريق تخليصه من الرق في قبوله عن الدين لا ان امكن تخليصه بوجه آخر فاطلاق بعض الشارحين وجوب القبول لا يخلو من شي (قلت) ما ذكره مراد المطلق لمكان القرينة التي هي القاعدة المألوفة ثم ان كلامه هذا يدل على ان الاستثناء استثناء من جملة قوله فلا يخرج ما اوصى له به منه وقد قال بعد ذلك وليس الاستثناء منقطعا لانه مما دل عليه قوله ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر فكأنه قال لا يحسب منه في حال الا في اخذه من دينه على تقدير دفعه وعبارة الكتاب خالية عن الدلالة على وجوب القبول لان في كونه في حال الاخذ عن الدين محسوبا ما لا يستلزم وجوب الاخذ انتهى فتأمل وقوله الاخير لا يخلو من شي لان المفروض بل والمتبادر انحصار الطريق فتأمل **قوله** (ولو اعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر انكاره في اللزوم ان اشترطناه) الضمير في انكاره راجع الى العدل فالمعنى انه لو اعترف الراهن والمرتهن بقبض العدل عن المرتهن بأذن الراهن وانكر هو لم يضر انكاره في صحة الرهن ولزومه ان قلنا بأشراط القبض لان تصديقه لا أثر له اذ المعتبر اقرارهما **قوله** (ولو اعترف احدهما خاصة فاقول قول المنكر) لانه ان كان هو الراهن فلا بد من اليقين لنفي دعوى المرتهن وان كان المرتهن اتقى عنه بنير يمين وقد يكون انكاره ليستفيد به فسخ البيع المشروط به اذا كان قد تلف فلا بد من اليقين كما هو الظاهر من الكتاب لا كما فهمه في جامع

ولا تقبل شهادة العدل عليه ولو قال المالك بملك السلعة بألف فقال بل رهنها عندي بها فاقول قول كل منهما في العقد الذي ينكره بعد اليمين وياخذ المالك سلعته ﴿المقصد الثالث في الحجر﴾ الحجر واسبابه ستة البصر والجنون والرق والمرض والسفه والفلس (متن)

المقاصد ﴿قوله﴾ ﴿ولا تقبل شهادة العدل عليه﴾ اي على المنكر لان الفرض كونه وكلا في القبض الذي به لزم الرهن ولا تقبل شهادة الوكيل فيما هو وكيل فيه ﴿قوله﴾ ﴿ولو قال المالك بملك السلعة بألف فقال بل رهنها عندي بها فاقول قول كل منهما في العقد الذي ينكره بعد اليمين وياخذ المالك سلعته﴾ لان كلا منهما مدع لشيء وينكره الآخر فيتحالفان ويتدفع كل من العقدين المدعى بهما فيأخذ المالك سلعته ويبقى الدين في ذمته أي المالك بلا رهن ان اعترف به والا حلف بيننا جامعة لنفي الدين والرهن ﴿المقصد الثالث في الحجر﴾ وهو المنع من التصرف ﴿قوله﴾ ﴿الحجر﴾ مثلثة المنع كما في القاموس والمحجور عليه هو المتنوع والفقهاء كثيرا ما يحذفون الصلة تخفيفا لكثرة الاستعمال فيقولون محجور قال في (المبسوط) الحجر في اللغة هو المنع والحضر والتضييق الى ان قال فاذا ثبت هذا فالمحجور عليه انما سمي بذلك لانه يمنع ماله من التصرف فيه فاشار الى بيان الوجه في التسمية وما في التحرير من انه لغة المنع (وفي الشرع) منع الانسان عن التصرف في ماله وكذا ما في الشرائع من ان المحجور عليه شرعا هو المتنوع من التصرف في ماله لا يريدان بذلك أن الحجر حقيقة شرعية كما قد يتوهم بل المراد بالشرعي هنا المتوقف على الشرع في الجملة ومقابلته اللغوي والعرفي اعني مالا توقف له على الشرع اصلا فلا يقدح في الشرعية اشتغال الحد على شيء من المفهومات اللغوية نعم يقدح فيه عدم اشتغاله على شيء من المعاني الشرعية ولم يوجد في كلامهم اطلاق شرعي على مثل ذلك ولما لم يشتبه بغيره من ابواب الفقه ما احتاجوا الى ذكر بعض شرائطه واسبابه وقد اوضحنا الحال وازلنا الاشكال عن هذه المقامات عند الكلام على تعريف الرهن فلا بد من ملاحظته والمحجور عليه اما لمصلحة الغير او لمصلحته (والاول) خمسة اقسام حجر المناس وحجر الراهس وحجر المريض وحجر العبد والمكاتب وحجر المرتد فانه لحق المسلمين (والثاني) ثلاثة حجر المجنون وحجر الصبي وحجر السفه وقد اورد على التعريف المذكور اعني منع الانسان عن التصرف في ماله ارادات ومناقشات وتندفع كلها بان يراد بالمنع فيه المنع في الجملة أو على بعض الوجوه اذ لا منع شرعا فيما نحن فيه عن الكل اذ ليس في الستة اضعف من الصبي والمجنون وهما غير ممنوعين عن اكل ما لهما عند الحاجة والشرب والسكنى وايضا ممنوعين عن العبادات ايضا والظاهر أن العبد كذلك فاندفع ما يقال انه أن اريد البعض يشكل بالصبي والمجنون وأن اريد الكل يشكل بالمريض ولا حاجة في دفع ذلك الى ما في المسالك وغيره بان المراد هو الاعم وبان يراد باضافة المال اليه ما هو اعم من الملك حقيقة أو ظاهرا وبحسب كونه في يده مسلطا عليه فيخرج المنصوب منه ويدخل العبد وأن قيل انه لا يملك ولا ينبغي جعله مبنيا على مذهب من يقول انه يملك كما في المسالك لان المنع الذي ذكر فيه اعم من كونه عن ماله أو ما في يده من مال سيده ﴿قوله﴾ ﴿واسبابه ستة البصر والجنون والرق والمرض والسفه والفلس﴾ قد عرفت ان هذه هي التي جرت العادة بذكرها والا فهناك اسباب آخر تذكر في محالها كحجر البايع المثلث حتى يقبض المثلث اذ اوجبنا تأخيرها وحجرها الثمن والمثلث

وهنا فصول (الاول) الصغير ويحجر عليه في جميع التصرفات (متن)

مع وجوب المساوات وحجر الصباغ والحياط حتى يقبض الاجرة وحجر المروءة البضع حتى يقبض المهر والمرهين الرهن حتى يقبض المال وحجر الردة الى غير ذلك كالحجر على الراهن وعلى العبد والمكاتب وقد قيل في وجه الحصر في الستة ان الحجر اما عام للاموال والذمم أو خاص بالاموال والاول اما أن يكون ذا غاية يعلم زوال سببها أولا والاول الصغير والثاني الجنون والثاني أما أن يكون الحجر فيه مقصورا على مصلحته أو مصلحة غيره والاول السفه والثاني اما أن لا يكون مالكا للمحجور عليه فيه أولا والاول الرق والثاني اما أن يكون موقوفا على حكم الحاكم أولا والاول الخامس وهو الفلأ والثاني المرض تنهى فتأمل فيه وثبوت الحجر بالستة مجموع عليه مضافا الى الادلة الآتية على كل بافتراده مع موازنة الاعتبار كما سنسمع ذلك كله ان شاء الله تعالى وهي المخصصة للاصل وعموم الادلة باثبات السلطة وفي (حواشي الشهيد) ان الآخر ثابت بالنص والاجماع وأجمعت الامة على شرعية وما صنعه المصنف هنا من ذكره الفلأ في باب الحجر أولى مما في الشرائع والتذكرة وغيرها من ذكره في باب على حده وكأنه لكثرة مباحثه وشدة ربطه بالدين حمل هذه وقوله على اختلاف الآراء والأمر في ذلك سهل **قوله** **﴿** وهنا فصول الاول الصغير ويحجر عليه في جميع التصرفات **﴾** بالنص والاجماع كما في (التذكرة) قال سواء كان مميزا أم لا لا ما استتبي كعبادته واسلامه واحرامه وتدييره ووصيته وايصال الهدية وادخوله في دخول الدار على خلاف في ذلك وقد حكينا في باب الوقف عن المسالك اجماع المسلمين على انه لا يصح وقفه ونحوه عن السرائر الى غير ذلك مما ذكرناه هناك وفي (مجمع البرهان) دليل على الصبي هو قوله تعالى (واتلوا الياسمين) الآية والسنة واجماع الامة على كونه محجورا عليه في الحلة واما عن جمع التصرفات الظاهرة لا دليل عليه ولا قال به فقوله في التذكرة محجور عليه في جميع التصرفات يراد به الا ما استتبي ويؤيده ان خروج العبادات والاسلام والاحرام من ذلك ظاهر بل لتباد التصرف الى ما أفصحت به عبارة المدسوط والغنية والشرع والنافع والتحرير وغيرها حيث قيل فيها انه ممنوع من التصرف في ماله أو من التصرف المالي ونحو ذلك وأما غير الثلاثة المذكورة فلا كثر على المنع الا في ايصال الهدية والاذن في دخول الدار كما في (مجمع البرهان) قال والظاهر ان هذين لا يحتاجان الى الائمة فانه محجور عليه الا باذن الولي وأي في باب الوقف ماله فع تم في المقام حيث ذهب جماعة الى صدق وقفه ووصيته وصدقته فلا بد من مراجعته ولا يعتبر في الحجر أن لا يصح أصلا الا أنهم قولوا لا يحتاج الى علم المهدى اليه والداخل يكون ذلك باذن الولي صريحا قلناه يكتب بالظاهر للمادة بأن الهدية في محلها لم يأت بها الولد الا باذن وليه وكذا الاذن في الدخول لا يكون الا باذنه لقربة فكأنه اكتفى فيها بمذله لظهور سهولة الأمر لكثرة التداول والشيوع بين المسلمين من غير تكبر فكأنه كان في زمانهم عليهم السلام مع عدم المنع فقريرهم هنا ثابت وهو حجة (قلت) مرجع ذلك الى طريقة مستقيمة وسيرة ثابتة واجماع مستمر قال ولا يبعد ذلك وامثاله مثل قول مثله من عبده وولده وتسليم ظرفه اليهما وكذا تسليم ما كان عند الانسان بالمارية ونحوها الى شخص يوصله اليه من غير اذنه سواء كان عبد المرسل أو ولده أو غيرهما كما هو المتعارف خصوصا اذا كان بينهما الصداقة وعلم من حاله أنه لا يكره

وانما يزول الحجر عنه بأمرين البلوغ والرشد اما البلوغ فيحصل بأمرين انبات الشعر الحسن على العانة سواء كان مسلما او كافرا او انثى والاقرب انه اشارة (متن)

بل يرضى علما أو غلظا متاخما له ويدل عليه عموم أدلة قبول الهدية من غير تفصيل بان يكون الموصل حرا بالغا قاتلا ومع ذلك الاحتياط أمر مطلوب انتهى (قلت) فيما ذكره من استقامة السيرة واستمرار الطريقة وانقاد الاجماع ما يدفع التأمل ويغني عن الاحتياط ان ثبت عموم الحجر لجميع التصرفات ﴿ قوله ﴾ (وانما يزول الحجر عنه بأمرين البلوغ والرشد اما البلوغ فيحصل بأمرين انبات الشعر الحسن على العانة سواء كان مسلما او كافرا او انثى والاقرب انه اشارة) أي دليل وعلم لا انه بلوغ بنفسه وقد اختير كونه بلوغا في صلاة التهذيب وصوم المبسوط وحدوده ووصايا النهاية والمهلب وخمس الوسيلة وصوم السرائر ووصاياها وصوم الشرائع وحجرتها وحجر النافع وكشف الرموز وصوم الجامع وحجيره وجهاد انتهى والتذكيرة وصوم التحرير وحجيره وحجر الارشاد والبصرة وصوم الجمعة والروضة وهو خيرة مجمع البيان وجوامع الجامع والفتية وكثر العرفان والجفرية وقد حكمي عليه الاجماع في الفتية وظاهر حدود المبسوط ومجمع البيان ونوادير قضاء السرائر وكشف الرموز وكثر العرفان وصوم المسالك وفي حسنة يريد الكناشي ان الغلام اذا زوجه أبواه كان له الخيار اذا أدرك أو بلغ خمس عشرة سنة أو أتم في وجهه أو أنبت في عاتقه وفي خبر حران سئل أبا حمزة عليه السلام قلت متى يجب على الغلام أن يأخذ بالحدود التامة ويؤخذ بها قال اذا خرج عنه اليتيم وأدرك (قلت) فذلك حد يعرف قال اذا احتلم وبلغ خمس عشرة سنة أو أنبت قبله الى أن قال والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر أو ينبت قبل ذلك وأما ما قرره المصنف من أنه اشارة ودليل وعلم فهو خيرة المبسوط والخلاف وحجر التذكرة وكشف الحق وجامع المقاصد والمسالك وهو ظاهر الايضاح وفي (المسالك) انه المشهور وفي (الخلاف) ان عليه اجماع الفرق وأخبارهم وفي (كشف الحق) انه مذهب الامامية وفي (التذكرة) انه دليل على البلوغ في حق المسلمين والكفار عند علمائنا أجمع وقد استدل شيخنا في الرياض على قوله في النافع يعلم بانبات الشعر الحسن على العانة الظاهر بل الصريح في كونه بلوغا لدليلا باجماع نهج الحق والتذكرة وهما نصان في أنه دليل على انه ليس في الاول اجماع وانما فيه ذهب الامامية كما سمعت وقد خبط في ذلك صاحب الحقائق في رده على صاحب المسالك فزعم ان اجماع التذكرة يرد القول بأنه اشارة ودليل على سبق البلوغ مع انه قال في التذكرة قبل ذلك بلا فاصلة والاقرب انه دلالة على البلوغ قانا نعلم سبق البلوغ عليه لحصوله على التدريج والشافعي قولان أحدهما انه بلوغ والثاني انه دليل على البلوغ وقال بعد ذلك بلا فاصلة أعني بعد قوله علمائنا أجمع وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القولين الى أن قال وان قال انه بلوغ كان بلوغا في حق المسلمين والكفار ووجه انه بلوغ كذا وكذا ووجه انه دليل عليه وهو أظهر القولين عندنا ان البلوغ غير مكتسب الى آخره (وكيف كان) قد استدل على كونه دليلا بتعليق الاحكام في السنة والكتاب على الحلم والاحلام فلو كان الانبات بلوغا بنفسه لم يختص غيره بذلك ومعناه ان الحجر مستمر عليه الى أن يحتلم كما دل عليه الحديث فلو كان الانبات بلوغا بنفسه لم يكن مستمرا الى الاحلام فتبين أن يكون اشارة وبأن البلوغ غير مكتسب والانبات قد يكتسب بالدواء والحصوله على

التدرج والبلوغ لا يكون كذلك (قلت) قد علق في الخبرين حكان على الايات وجعل فيها كالاختلام والخمس عشرة سنة فلم يتم الدليل الاول وقولهم ان البلوغ غير مكتسب والايات قد يكون مكتسبا (فيه) انه بظاهره لو تم لعل على عدم جواز عد الايات في العلامات المذكورة ولا كونه علامة على السبق ولعله لذلك تركه المحقق الثاني على ان القائلين به انما يريدون به الايات الحاصل من جانب الله سبحانه بمقتضى العادة والطبيعة وحينئذ لا يمتنع أن يكون بنفسه بلوغا لانه مراد به ما هو أعم حتى يتجه ما ذكره فليتأمل وقولهم لحصوله على التدرج قد يقال عليه ان العلامة تحصل بمجرد خروج شيء من الشعر لانه يقع في أول تحريك الطبيعة في أول الشهوة ولا توقف له على تزايد حتى يتجه قوله والبلوغ لا يكون كذلك فكان القول الاول أقوى مع موافقته للاصول الثلاثة السالمة عن المعارض واجتماعات القول الثاني لا تأني الحل على الاول فتأمل ويمكن ارجاع الاول الى الثاني بحمل حد البلوغ في كلام النهاية ونحوها على ما يعم العلم والدلالة فيرفع الخلاف بين فتاوى الشيخ في النهاية والتهديب والمبسوط والخلاف وقيد الشعر بالخش في العبارة وفاقا للمبسوط وغيره وهو المتبادر من الخبرين ولا ريب انه لا يكفي بمجرد الشعر لعدم خلو المولود عنه في جميع الاحيان مضافا الى الاصل بممانيه وقيد بكونه على العانة كغيره لاخراج غيره من الشعور الثابتة في المواضع الممهودة وفي (المبسوط) لا خلاف ان ايات اللحية لا يحكم بمجرد البلوغ وكذا سائر الشعور وحكم فيه بأنه علم على البلوغ والاجماع أيضا ظاهر المسالك وبذلك صرح في التذكرة وغيرها وحكم في صوم المبسوط ان اللحية والاشعار حد البلوغ ويمكن حل الحد على ما يعم نحو العلم وفي (التحرير) ان الاقرب ان ايات اللحية دليل على البلوغ اما باقي الشعور فلا وقد يظهر من الشهيد الثاني انه في التحرير يقول ان ايات اللحية كانت العانة والاختلام وبه أي بما ظهر من الشهيد الثاني جزم شيخنا في الرياض وقواه وليس كذلك على الظاهر لانه جملة في التحرير دليلا وإشارة لا بلوغا بنفسه ونحوه في المبسوط والتذكرة حيث جعل فيهما علما ودليلا والحسنة يعني حسنة يريد لم يعمل بها أحد في خصوص ذلك بل ظاهر المبسوط والمسالك الاجماع على خلافها بل لا يخالف أصلا وان قواه في الروضة فهو معلوم بل المخالف الشافعي لا غير في أحد قوله وقد سمعت أباؤنا به عبارة صوم المبسوط وإطلاق اجماع الغنية منزل على المتبادر وهو ايات العانة بل لا ريب في ذلك هذا وقد يكون أراد في التحرير بالدليل السبب بمعنى انه بلوغ بنفسه لكنه في المسالك ذكر أن المادة قاضية بذلك وقد صرح في أول كلامه بأن الاغلب تأخير اللحية عن البلوغ وأغلبية التأخير تستلزم ثبوت التمسك في غير الاغلب فلم تطرد المادة ثم لا فرق بين اللحية وغيرها فان الغلة نائمة في الجميع فلا وجه لتخصيصها بالدلالة دون غيرها ثم ان المادة متى كانت قاضية بدلالة نبات اللحية على البلوغ كان نائما دليلا بمقتضى العادة وقد صرح في كلامه بتغي العبارة عندنا في جملة مانص عليه من الشعور وظاهره الاجماع على ذلك فتأمل اذ يمكن تجشم الجواب عن الامرين وأما شعر الابط فلا اعتبار به عندنا كما في التذكرة كتقل الصوت ونهود الثدي وتوطرف الحلقوم واقتراق الارنبه واخضرار الشارب وأما انه لا فرق في كون ايات شعر العانة دليلا على البلوغ في المسلمين والكافرين ففي الخلاف أن عليه اجماع الفرقه وأخبارهم وفي (التذكرة وظاهر كشف الحق) الاجماع عليه والمخالف الشافعي فانه جملة دليل في حق الكفار خاصة لانه يمكن الرجوع الى المسلمين في معرفة بلوغهم ومراجعة الآباء والاعتماد على أخبارهم بخلاف الكفار ولان المهمة تلحق المسلم بهذه العلامة لانه يستفيد الكمالات والولايات والكفار يقتلون وتضرب عليهم

ولا اعتبار بالزغب ولا بالشعر الضعيف (الثاني) خروج المنى الذي يكون منه الولد من الموضع المعتاد سواء الذكر والانثى (متن)

الجزية وأما انه لا فرق في ذلك بين الذكر والانثى فهو المعلوم من معاهد الاجماع والفتاوى لمكان الاطلاقات وتنقيح المناط من الحسنة أو الاجماع المركب ﴿قوله﴾ ﴿ولا اعتبار بالزغب ولا بالشعر الضعيف﴾ الزغب محركه صفار الشعر ولينه حين يبدو من الصبي من باب تعب كما في القاموس وغيره وكأن المراد بالشعر الضعيف الذي ينبت قبل الشعر الحشن وقد ذكرها في التذكرة واقتصر في المبسوط على الزغب كما انه اقتصر في التحرير على الشعر الضعيف وفي (المسالك) ان الشعر الضعيف يسبر عنه بالزغب ﴿قوله﴾ ﴿الثاني خروج المنى الذي يكون منه الولد من الموضع المعتاد سواء الذكر والانثى﴾ أما كون خروج المنى بلوغا فهو صريح المبسوط وقته القرآن لراوندي والفتاوى والشرائع والتحرير والارشاد وفي (المسالك) الاجماع عليه في الذكر والانثى وهو معنى قوله في صلوة التهذيب وصايا النهاية والمهذب وصوم السرائر وصاياها وصوم الشرائع وكشف الرموز وصوم جامع الشرائع وحجره وحجر التذكرة وصوم التحرير وحجر التبصرة والجفري وحجر جامع المقاصد وصوم الروضة ان حده الاختلام وانه يحصل به وانه بلوغ لان الاختلام كما في التذكرة خروج المنى الذي يخلق منه الولد وقال انه بلوغ في الرجل والمرأة عند علماءنا أجمع وفسر الحلم في التذكرة أيضا بخروج المنى من الذكر وقبل المرأة مطلقا سواء كان شهوة أو غيرها بجماع أم بغيره في نوم أو يقظة قال ولا يختص بالاختلام بل منوط بتطابق الخروج مع امكانه واستكمال تسع مطلقا عند الشافعي وعندنا في المرأة خاصة وأما في جانب الذكر فما رقت له على حد صاحبنا وفي (مسالك) ان ما بعد العاشرة محتمل وبه أي الحلم وظهور المنى عبر في الفتية رادعي جماع الطائفة وظاهر صوم المبسوط والوسيلة أو صريحها كنوادير قضاء السرائر فخصيص الاختلام بالذكر وفي (مجمع البرهان) تحقق البلوغ يلوغ النكاح بمعنى الحد الذي يتمكن منه من الجماع والانزال جامع أم لم يجمع انزل أم لم ينزل وظاهر كلامه اجماع الاصحاب على تحقق البلوغ به وكلامه متصور على المذكور وفي (حومع الجامع) بلوغ النكاح هو أن يحتمل لانه يصلح للنكاح عنده أو يبلغ خمس عشرة سنة أو ينبت وتفسيره بلوغ النكاح هنا بالاختلام لا ينافي ما ذكره في المجمع من عدم ارادته منه فان المنى ارادته على وجه الخصوص ولثبت ارادته لكونه مما يعرف به بلوغ النكاح كما يقتضيه التعليل هذا والاخبار التي علفت فيها التكليف اللازمة على الحلم والاختلام معتبرة مستفيضة وفيها الصحاح والظاهر عدم الفرق في الاختلام بين أن يكون الخروج في نوم أو يقظة خلافا لما حكى عن بعض أهل اللغة قصصره على الاول والنوم غير معتبر على الظاهر في البلوغ اتفاقا كما في الكفاية وفي (المبسوط والشرائع والتذكرة والكتاب) فيما يأتي وجامع المقاصد والروضة أن الخنى ان أمنى من الفرجين وان حاض من فرج الاناث وأمنى من فرج الذكر حكم ببلوغه وانه ان أمنى من أحدهما لم يحكم ببلوغه وفي (التذكرة) انه المشهور عند علماءنا وفي (المسالك) انه هو الذي اختاره أكثر العلماء ووجهه بأنه لو أمنى من الفرجين فان كان ذكره قد أمنى من فرجه المعتاد وان كان أنثى فكذلك ومثله لو أمنى من فرج الذكر بعد مضي تسع سنين وامكان الامناء من الذكر لانه ان كان أنثى قد بلغ بالسن وان كان ذكره قد أمنى في وقت امكانه وأما حيضه من فرج الاناث وامناؤه من

(الثالث) السن وهو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية وتسع في الانثى (متن)

فرج المذكور فدلائله على البلوغ واضحة وأما انه لو أمنى من أحدها خاصة لا يحكم بلوغه فليجوز أن يكون ذلك الفرج زائدا فلا يكون معتادا ومثله لو حاض من فرج النساء خاصة (قلت) لو صار ذلك معتادا قويت الدلالة جدا وللعجوبيني قول نفى عنه البأس في التذكرة وكذا المسالك وكأنه مال إليه في التحرير وهو أن ذلك كاف في البلوغ لأن خروج المنى من فرج الذكر يحكم بكونه ذكرا كما يحكم به لو خرج البول خاصة وكذا القول في الحيض والمنى من فرج الانثى (قال) وكيف ينتظم منا أن قول انه ذكر أمنى ولا نحكم بأنه قد بلغ ولأن خروج منى الرجل من المرأة والحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التعيين متى ثبت التعيين كان دليلا على البلوغ ولأن خروجهما معا دليل على البلوغ فخرج أحدهما أولى لأن خروجهما يفضي الى تعارضهما واسقاط دلالتهما اذ لا يتصور أن يجتمع حيض ومنى رجل (وقد يقال) مع تحقق هذا المحب لا يبعد خروج الحيض من الذكر ولا خروج المنى من ذكر المرأة والبول دليل على من من نص واجماع فالخروج عن الأصل وقول الاكثر مثله متكمل فقد تحصل أن الخشى المشكل لما كان منحصر في الذكورة ولا توثق وانما يشبه حكمه في اللاحق بأحدهما فتمى حصل له وصف من أوصاف البلوغ يتحقق فيهما أما لاشتراك بينهما كالانبات أو للاحق الآخر بطريق أولى كبلوغ خمس عشرة أو لسكونه حاملا لوصفين على التقديرين كما لو أمنى من الفرجين أو حاض من فرج الاناث وأمى من فرج الذكر حكم عليه بالبلوغ (اذ عرفت) هذا فعد الى عبارة الكتاب فان ظاهرها كناية الشرائع أن المنى قسما ما يكون منه الولد وما لا يكون وان البلوغ لا يتحقق الا بالاول وقد قال في (المسالك) انه فهم هذا المعنى جماعة وفي (حواشي الكتاب) نقلا عن بعض العلماء انه يعلم المنى الذي منه الولد بما ليس منه بأن يوض في الماء فان طوى فليس منه الولد وان ركب فمته الولد قال في (المسالك) والظاهر ان هذا المعنى وارد بل المعتبر في البلوغ خروج المنى مطلقا سواء صلح لتخلق الولد بحسب شخصه أم لا لاطلاق الصوص الدالة على ذلك المتأولة لمحل النزاع والوجه في هذه الصفة انها كاشفة لا مقيدة والمراد أن المنى هو الذي من شأنه أن يخلق منه الولد وان يخلف في بعض الافراد لعارض وفي عبارة التذكرة خروج الماء الذي منه الولد فالصفة مقيدة ولا بد في هذا أيضا من ارادة المعنى الذي ذكرناه من كون المراد ما من شأنه ذلك لئلا يهم اشتراط كونه بالفعل وقيد بوضع المعتاد مع اطلاق الادلة لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المهور المتعارف خصوصا وفي مضاها بلوغ السكاح فلو خرج من جرح ونحوه لم يعتد به - قوله - (الثالث) السن وهو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية وتسع في الانثى (هذان الحكمان قد حكى عليهما الاجماع في الخلاف والنسبة وظاهر نوادر قضاء السرائر وحجج التذكرة وكثر العرفان في تفسير الآية الشريفة وآيات المقدس الاردبيلي وفي (المسالك) ان بلوغ الذكر بالخمس عشرة هو المشهور بل كاديكون اجماعا وان بلوغ الانثى بالتسع مشهور وعليه العمل وفي (السرائر) الاجماع واقع على التسع وفي (ايضاح الانفع) ان بلوغ الذكر بالثلاث عشرة عليه الفتوى وفي (المقتصر) انه مذهب الجمهور من الاصحاب وظاهر مجمع البيان وكشف الرموز اجماع الاصحاب عليه وهو أيضا ظاهر آيات الاسترأبادي وفي (المختلف وغاية المرام) انه المشهور بل قد تشرع عبارة الشرائع واللمعة بدعوى الاجماع حيث لم ينقل فيها خلافا في الذكر

قلها له في الاثني عشرة وقد حكيت الشهرة على الحكمين في المذهب البارع والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح ومما صرح فيه بالحكمين حجر المبسوط وصومه وحجر الخلاف والفتية كما سمعت وحجر فقه القرآن، الراوندي وصوم السرائر ونواذر قضائها كما عرفت ووصاياها وحجر الشرائع وصومها وحجر النافع، كشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والبصرة والايضاح وصوم التحرير واللمعة وكثر العرفان وجامع المقاصد والجفرية وصوم الروضة وحجر المسالك وآيات الارديلي وصلوة المفاتيح ومما صرح فيه باعتبار الخمس عشرة في الذكر جوامع الجامع وخمس الوسيلة وصوم جامع الشرائع وحجره وجهاد المنتهى والتذكرة والفتية في موضع منه وفي (التذكرة والمسالك) ان بلوغ الذكر لا يحصل بالظن في الخمس عشرة بالاستصحاب وقوى الاصحاب وظاهرهما الاجماع ومما نص فيه على بلوغ الاثني بالتسع وسكت فيه عن ذكر الذكر صلوة النهاية ووصايا المذهب ونكاح الوسيلة فقد انحصر الخلاف في بلوغ الذكر في أبي علي فيما حكى عنه حيث قال انه أربع عشرة وظاهر الفتية في باب اقطاع بن اليميم انه يحصل باستكمال ثلاث عشرة والدخول في الاربع عشرة وكأنه صار اليه بعض متأخري المتأخرين كالارديلي وصاحب المدارك وصاحب الكفاية وحكاها فيها (١) عن ظاهر التهذيب والاستبصار وحكاها في المدارك قولاً ولم يبين القائل كما ستعرف لكنه في الفتية تردد في الحد الذي يؤخذ فيه الصبيان بين الاربع عشرة والخمس عشرة وهو ينافي الاول وان بقي متردداً بين الاربع عشرة والخمس عشرة وقال في (المقنع) انه يؤخذ ما بين أربع عشرة الى ست عشرة ومثله ما في الخصال في أبواب الخمسة عشر لكنه في أبواب الثلاثة عشر ذكر ان بلوغه ثلاث عشرة لي أربع عشرة وفي موضع آخر من الفتية وافق المشهور كما عرفت ويلوح من قضاء النهاية العمل بحديث الثمالي المتضمن أن بلوغ الصبيان ثلاث عشرة أو أربع عشرة وقد يلوح أيضاً من الاستبصار وتعرف الحال في هذه الأقوال والمخالف في الاثني ابن حمزة وابن سعيد في خمس الوسيلة وصوم الجامع وحجره ففي الاولين أن بلوغها بعشر سنين تامة وقد حكاها في اللمعة عن المبسوط ولعله في موضع لم يعثر عليه وفي الثاني تسع أو عشر وقد عرفت أنه في نكاح الوسيلة وافق المشهور وتسمع قول أبي علي من اعتبار التزويج والحمل مع التسع وقد ذكر في المسالك أن في بلوغ الذكر قولاً بثلاث عشرة ولم يبين القائل والالتفات فيه اما الى قول ابن الجنييد وهو بعيد لانه يجب أن يراد بالاربع عشرة في كلامه الدخول فيها وبالثلاث عشرة هنا اكالمها والدخول فيما بعدها أو الى قول الشيخ في النهاية من العمل بحديث الثمالي ان حمل على الاقل وهو غير متعين فيه أو ما يلوح منه في الاستبصار من القول بثلاث عشرة أخذاً برواية عمار لكنها غير ضعيفة بل موقفة وهو قد قال اسناداً الى رواية ضعيفة واسعة ذلك من الاستبصار محل نظر الا أن يقال انه التماس الى ما في الفتية في بن اليميم وهو أيضاً بعيد في الجملة على انه لا خلاف كلامه لا يتعين ذلك مذهباً له وقد عرفت أن مبطله حكى القول بالدخول في الاربع عشرة ولم يبين القائل ونحن لم نجد به قائلًا على التعيين وإيراد الشيخ الحديث الدال عليه لا يقتضي كونه قولاً له وكذا الصدوق وإن أورده في كتابه الذي ذكر انه لا يورد فيه الا ما يقتضي به لأنه قد أورد فيه أيضاً ما ينافيه فلم يتعين ذلك مذهباً له وحكى في (مجمع البرهان) قولاً بالدخول

في الخمس عشرة واختاره ولم اجده في كلامهم عينا ولا اثرا ولله ملئت الى قول ابي علي بالاربع عشرة بناء على أن استكمالها إنما يتحقق بالدخول فيما بعدها لكن الذي يستفاد من التقيح وغيره ان مذهب ابي علي الدخول في الرابعة عشرة وقد قال في (مجمع البرهان) ان القول بالثلاث عشرة هو الظاهر من الشيخ في كتابي الاخبار وقد سمعت ما حكاه عن ظاهرهما في الكفاية ونحن نمنع الظهور فيما ادعياه وذلك أن الشيخ أورد في باب الصبيان حتى يؤمروا بالصلاة من الكتابين الأحاديث الواردة في تأديب الصبي بالصلاة وذكر في التهذيب حديث عمار في جملة هذه الاخبار ولم يذكر ما يؤم الاخذ به في تحديد البلوغ وأما الاستبصار فإنه أورد في اول الباب حديث علي بن جعفر في الغلام متى يجب عليه الصوم والصلاة قال اذا راهق وعرف الصوم والصلاة وعقبه بحديث عمار وهو هذا عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألت عن الغلام متى تجب عليه الصلاة قال اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فاذا احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك اذا أتى لها ثلاث عشرة او حاضت قبل ذلك وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم ثم قال فلما ما رواه وساق الروايات المتضمنة لاخذ الصبيان بالصوم اذا أطاقوه وبالصلاة بست سنين او سبع سنين وفيما بين الست والسبع وقال قالوجه في هذه الاخبار أن نعملها على ضرب من الاستحباب والتدب والتأديب والادلة على الوجوب لثلاث تناقض الاخبار وايراد حديث عمار في هذا الباب يقتضي كونه الحديث المذكور وما قبله من جملة اخبار الباب ومقتضى الجمع الذي ذكره وجوب الصلوة عليه أو أخذه بها اذا راهق الحلم أو بلغ ثلاث عشرة سنة دون ما قبله ولا دلالة في ذلك على كون الثلاث عشرة حدا للبلوغ كالمرأهة والذي ينبغي أن يقال في كلام الشيخ انه إنما قصد بما ذكره مجرد الجمع الراجع للتناقض دون أن يكون ذلك قولاً فان رواية عمار صريحة في التسوية بين الغلام والجارية فيما تضمنه من التحديد وهو خلاف الاجماع في الاثني عشر أو بد منه الثمرون أو تحديد البلوغ وما ذكره من أن المأهر ذواته شيخ أبينا الى التحديد بالثلاث عشرة فكانا أراد بغيره المدق كما يفصح عنه ما ذكره في كتاب البيع حيث قال وفي تحققه بالشروع في الاربع عشرة قول قوي والاجماع على غير غير معلوم بل هو ظاهر الاستبصار والفقهاء وقد عرفت الحال في ما في الكتابين وعلى تقدير التسليم فلا ريب أنهما لا يقدحان في الاجماع وأما صحيح عبد الله بن سنان أو حسنه الذي اعتمد عليه بعض متأخري المتأخرين عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الاربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتلمين احتلم أو لم يحتلم وكتبت عليه السيئات وكتبت له الحسنات وجازله كل نبي إلا ان يكون ضعيفاً أو سفيفاً فيه (اولاً) انه لا يكفى أدلة المشهور (وثانياً) انه يمكن أن يكون المراد اذا بلغ حد النكاح في ثلاث عشرة سنة ودخل في الاربع عشرة الا ان ثلاث عشرة يان أو يدل من أشد أو يحمل الوجوب على تأكيد الاستحباب ولا يضر الاول قوله احتلم أو لم يحتلم ولا الثاني قوله كتبت عليه السيئات فليأمل ولا يبعد أن يراد منه كمال العقل وتحقق رشد كما ورد في القرآن المجيد وقال بعضهم انه شاذ وهو كذلك لا بالتوجيه الذي ذكرناه وكذا غيره من الاخبار الاخر كالصحيح والمؤثقين والخبر المألفه للمشهور المختلفة في الدلالة ويدل على المشهور في المذكور الاصول الكثيرة والاجماع التي كادت تبلغ اثني عشر اجماعاً من صريح وظاهر ومشعره بل هو معلوم ومع ذلك قد أبدت بالشهرات

المستفيض قلها مع العلم بها واخبار الباب وهي بين عامة وخاصة فمن الاولى النبويان المرويان في الخلاف والفنية والتذكرة وكثر العرفان وغيرها ففي احدهما اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه واخذت منه الحدود ونحوه الاخر المروي عن ابن عمر وأما الاخبار الخاصة فمنها خبر حمران عن ابي جعفر عليه السلام الجارية اذ تزوجت ودخل بها ولما تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع اليها مالها الى أن قال قال والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة او يشعر او ينبت قبل ذلك وقد رواه في مستطرفات السرائر قلا من كتاب المشيخة للحسن بن محبوب الا انه رواه عن حمزة بن حمران وحسنه الكناسي عن الباقر عليه السلام قال الغلام اذا زوجه ابوه ولم يدرك كان له الخيار اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة او يشعر في وجهه او ينبت في عاتقه قبل ذلك والشهرات والاجاعات بحبر ما هناك من سند او دلالة فلا يرجع على ما يقال ان البلوغ أهم من الاكمال والشروع اذا النبوي اذا انجبر سنده كان نصافي المقام على ان يقال في المسالك أن الداخل في الخمس عشرة لا يسمى ابن خمس عشرة لئلا عرفا قليلا وما الصحيح الذي فيه في كم يؤخذ الصبي بالصيام قال ما ينتهون خمس عشرة سنة أو أربع عشرة سنة فانه ربما يستدل به على المشهور لظهوره في عدم الزامة بالصوم قبل الخمس عشرة لمكان التخيير الثاني للوجوب العيني وحيث لا قول بالوجوب التخييري حتى من أبي علي تعين حمل الاخذ فيه على الاخذ المستحب كما يشهد به صدوره حيث قيل فيه في كم يؤخذ الصبي بالصلاة قال ما بين سبع وست سنين فقال في كم يؤخذ بالصيام الى آخر ما تقدم والاخذ الاول مستحب اجماعا فكذا الثاني جمعا يقتضيه السياق وتحديد به الى الحد المذكور ظاهر او صريح في ارتفاعه بالبلوغ اليه وهو ملازم للوجوب بعده اذ لا قائل بالاباحة حينئذ وكيف كان فلا يدل على مذهب أبي علي ولا على ما مال اليه او قال به بعض متأخري المتأخرين وكذلك الخبر الذي تضمن انه من ثلاث عشرة الى أربع عشرة على انه ضعيف شاذ كما لموثق اذا أنت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات الحديث والموثق الآخر اذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات الحديث (وقال كاشف الرموز) البلوغ يحصل بخمس عشرة ولعل ما ورد بدون ذلك من الروايات يحمل على انه احتلم أو انبت وهو جيد جدا وأما الاخبار الدالة على بلوغه بالشرع فهي كثيرة واردة في الطلاق والوصية غير مكافئة للأدلة المتقدمة فيراد منها دفع الحجر عنه في الامور المذكورة كما ذهب اليه جماعة ولا يلزم من ذلك حصول البلوغ تماما وهي مع قصور سندها معارضة ايضا باخبار أقوى منها تأتي انشاء الله تعالى في الطلاق ويدل على بلوغ الاتي بالتسع الاجاعات من صريح وظاهر وهي ثمانية معتضدة بما سمعته من شهرات واخبار المستفيضة والقائل بالعشر لا مستند له الا رواية مرسله قاصرة عن المكافئة وما في الموثق انها اذا أتت لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة فهو شاذ قاصر عن المكافئة ايضا والاصول مقطوعة بالأدلة القاطعة وما ذهب اليه ابو علي من عدم ارتفاع الحجر عنها الا بالتزويج والحمل فشاذا لا مستند له هذا وظاهر التذكرة والمسالك اجماع الاصحاب على عدم كفاية العطن في الخمس عشرة والتسع بل لا بد من اكملها وهو مقتضى الاصول وظواهر النصوص والقناوى الحاكمة بالبلوغ جمعا بحكم التبادر والصدق عرفا وعادة كما سمعت ذلك آثقا عن التذكرة والمسالك وقد سمعت قوله صلى الله عليه وسلم في الخبر المروي في كتبنا مستفيضا اذا استكمل المولود خمس عشرة وما في الخبر اذا دخل بها ولما تسع سنين وهما صريحان في ذلك فنناقشته

(الرابع) الحيض والحمل دليلان على سبقه (متن)

في مجمع البرهان في ذلك واكتناؤه بالظن فيها لم تصادف محزها هذا والمعتبر من السنين الهلالية اغني القمرية دون الشمسية لان ذلك هو المهود في شرعنا كما في المسالك وهو كذلك لانها المتبادرة لان كانت هي المتعارفة ~~قوله~~ (الرابع الحيض والحمل دليلان على سبقه) كما هو صريح حجر الشرائع والارشاد والروضة والمسالك وصوم الروضة بل في الاخير الاجماع عليه تارة وفي الخلاف عنه اخرى وفي (مجمع البرهان) الظاهر انهما دليلان بالاجماع وفي (التذكرة) الحيض في وقت الامكان دليل البلوغ لا نعلم فيه خلافا وصريح حجر المبسوط أيضا وخمس الوسيلة وصوم التحرير أن الحمل علم ودلالة وهو ظاهر صوم المبسوط ووصايا النهاية والمهذب وحجر التذكرة في اثناء كلام له فيه لكن ظاهر صوم السرائر ان الحمل بلوغ وهو ظاهر حجر التحرير وكذا حجر التذكرة في أول كلامه وهو صريح نواذر (النواذر خ ل) قضاء السرائر ووصاياها وحجر الجامع بل نسب في الاخير القول بأن الحمل دلالة الى القيل وهو غريب وأما المخالف في الحيض في الطاهر في صوم المبسوط وحجره ووصايا النهاية وخمس الوسيلة ونكاحها وحجر الغنية وصوم السرائر ونواذر قضائها ووصاياها وصوم الجامع وحجر التحرير أن الحيض بلوغ بل في الغنية الاجماع عليه فالاجماع متصادمة ظاهرا كالتأوى بل في المسالك لا خلاف في كونها دليلين على سبق البلوغ كما لا خلاف في كونها بلوغا بنفسهما ويمكن الجمع بأن يكون المراد من كونها بلوغا بنفسهما تعليق احكام البلوغ في النسر عليهما وان كانا كاشفين عنه حقيقة ودليلين على سبقه بالانزال والسن ويرشد الى ذلك في عبارة المسالك قوله بعد ذلك بلا فاصل اما الحيض فقد علق الشارع احكام المكلف عليه في عدة اخبار كقوله صلى الله عليه وسلم لا قبل صلاة حائض الاخبار وقوله صلى الله عليه وسلم لا سماء بنت أبي بكر ان المرأة اذا بلغت الحيض لا يصلح أن يرى منها الا هذا وأشار الى الوجه والكفين ويبقى الكلام في عبارة الترمذ حيث قال انهما ليسا بلوغا في حق النساء بل قد يكونان دليلا على سبق البلوغ وظاهره انه متردد في دلالتهما مع انها اجماعية كما عرفت ولعله انما آتى بقدر المفيدة للتقابل لانها مسبوقة غالبا بغيرها من العلامات خصوصا السن ودلالتهما على البلوغ بحيث يتوقف العلم به عليهما نادرة فناسبه التقليل ويمكن أن يكون التقليل في الحيض اشارة الى ماقلوه في باب الحيض من أن الدم الحاصل قبل التسع لا يكون حيا وان كان بصفته وانما يعتبر في الحكم به ما كان بعدها وحينئذ تنفي فائدة دلالة لانه قبلها لا اعتبار به وبعدها لا يحتاج اليه (ويمكن) أن يقال تظهر الفائدة في المجهول منها فانها اذا رأت ما هو بصفته جامعا لشرائطه في القلة والكثرة يحكم بكونه حيا ويكون دليلا على سبق البلوغ ولا يحكم بكونه قبل التسع مع ان الغالب في مثله أن لا يقع الا بعد التسع وحينئذ تنفي دلالة النصوص على كون الحيض موجبا للاحكام لانه حيض لغة وعرفا ومعنى دلالتهما على سبقه انهما اذا وقعا فحكم ببلوغ المرأة قبلهما فلو أوقعت عقدا قبلهما بلا فصل فحكم بصحته (١) وليعلم ان الولد لا يتيقن (١) وليعلم انه لا فرق بين الدليل والعلم والامارة والدلالة في كلامهم في هذه المقامات لكن قد يستعمل الدليل في نفس البلوغ والسبب كما احتملناه آنفا في عبارة التحرير ولقد رأيت الشهيد يفرق بين الدليل والامارة بفرق غير شديد على الظاهر المعروف من كلامهم قال الدليل لا يتأخر عن المدلول والامارة قد تمارن وقد تتأخر بمعنى تنفك فان أراد ان ذلك مراد في المقام فأول ممنوع وان أراد في غيره فسلم اذ قد نسمع بكاء أهل الملك فيمكن انه قد مات ويمكن انه أغني عليه (منه قدس سره)

والخشي المشكل ان أمني من الفرجين او حاض من فرج النساء وأمني من الآخر حكم
يلوغه والا فلا واما الرشد فهو كيفية تقسانية تمنع من افساد المال وصرفه في غير الوجوه
اللاثقة بأفعال العقلاء (متن)

الا بالوضع فاذا وضعت حكماً بالبلوغ قبل الوضع لسته أشهر وشي ان ولدته تاماً ولا فرق بين كون
ما ولدته تاماً وغير تام اذا علم انه آدمي أو مبدء شوه كالعلقة كما في التذكرة والمسالك ﴿ قوله ﴾
﴿ والخشي المشكل ان أمني من الفرجين أو حاض من فرج النساء وأمني من الآخر حكم يلوغه والا فلا ﴾
قد تقدم الكلام فيه مفصلاً ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأما الرشد فهو كيفية تقسانية تمنع من افساد المال وصرفه
في غير الوجوه اللاثقة بأفعال العقلاء ﴾ كما في المذهب البارع وايضاح النافع وجامع المقاصد عند بيان
الاختبار والمسالك في موضعين منه والروضة وجمع البرهان وهو قضية التذكرة في تذييب ذكره ونحوه
ما في التبصرة وكذا الارشاد ولم تذكر الملكية في المبسوط والخلاف وفقه القرآن وجمع البيان والفنية
والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والمختلف والمقتصر وكنز العرفان والتقيج وانما ذكر فيها
كلها في بيانه أن يكون مصلحاً ماله لكن كلام أكثر هؤلاء في بيان الاخبار كما سنسمع يعطي اعتبارها
أي الملكية وفي (جمع البيان) ان المراد به العقل واصلاح المال وهو المروي عن الباقر عليه السلام (قلت)
حذف العقل من تعريف الرشد في عبارات الاصحاب مع وجوده في الخبر لان المفروض حصول
العقل بل والبلوغ والفرض حصول ما يعتبر بعد ذلك وأرسل في مجمع البحرين عن الصادق عليه السلام
في تفسير الآية انه حفظ المال وفي آيات المقدس الاردبيلي انه يكفي في الرد حفظ المال فقط بحيث
لا يفسد مضمناً له وان تصرف لا يتصرف تصرفاً غير لائق بحاله ولا يحتاج الى كون ذلك ملكه ولا
يحتاج الى القدرة على الكسب ولا يضر عدم الكسب بل تركه تحصيل المال لان كل أحد ليس ممن
له كسب أو قدرة على تحصيل المال فسا ذكر في كتب الفقه مثل شرح الشرائع محل تأمل وقد قال
في (جمع الفائدة والبرهان) لا خلاف ولا كلام في اعتبار اصلاح المال بمعنى أن يكون له ملكه يقدر بها
على حفظه وصرفه في الاغراض الصحيحة لا غير لا بمعنى انه فعل مرة اتفاقاً بل يكون ذلك من عقله
ومعرفته وقال أيضاً والظاهر انه لا يستبر تكرار الفعل للملكة ولا اشتغاله بعمل يحصل به المال فالذي
يترك صنعة أبيه ليس بسفيه ولا القدرة على حفظ الموجود وتحصيل المعلوم من المال كما اعتبره في شرح
الشرائع (قلت) يأتي الحال في كلام القوم وأما حديث الملكية فليس الرد الا كالعقلاء والشجاعة
والكرم والجبن والبخل وهي انما تعرف بأثارها ولا يكفي فيها مرة ولا بدفياً من التكرار مراراً يحصل
بها غلبة الظن اذ الملكية لا يعرف حصولها بمرة كذا في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وغيرها (قلت)
المدار على حصول العلم بتلك الملكية لاعلى حصول الملكية بتلك الافعال التي ذكرها فاذا رأينا اذا
أراد البيع ونحوه من الافعال يتوقف حتى يتبين الحال ويصبر حتى يتحقق الأمر بحيث لا يغب ولا
يضيع ولا يتساهل ولا يتسامح بل مع تبصر وتدبر علمنا حصول الملكية ولا نحتاج الى علم سابق ومعرفة
قديمة ولا تكرار الفعل كما قد يستفاد ذلك من المبسوط كما سنسمع كلامه برمته وأما اعتبار الرشد في رفع
الحجر ودفع المال فقد دل عليه الكتاب المجيد كقوله جل شأنه (فان آتسّم منهم رشداً فادفعوا اليهم
أموالهم) والاجماع المحكي في الفنية والتذكرة والمسالك وجمع البرهان وظاهر نهج الحق حيث نسب الى

ولا تعتبر العدالة (متن)

الامامية بل في التذكرة في موضع آخر انه لو بلغ غير رشيد لم يدفع اليه ماله وان صار شيخا وطعن في السن عند أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر وقصر الخلاف على أبي حنيفة قوله ﴿ ولا تعتبر العدالة ﴾ عند أكثر أهل العلم كما في التذكرة والمسالك وعند الأكثر كما في المقتصر وجمع البرهان وفي (الرياض) بعد نسبه الى الأكثر قال بل عليه عامة من تأخروا وفي (الروضة والكفاية) انه المشهور وقد طمحت عباراتهم أن المفهوم من الرشد عرفا اصلاح المال وفي (التنقيح) انه لا شك فيه عند العرف وفي (جمع البرهان) انه هو الظاهر المتبادر منه عرفا وانه هو الذي ذكره الاصحاب (قلت) والعرف مقدم على اللغة ان ثبت أن اللغة في خصوص المقام على خلافه كما حرر في فقه ثم ان الفسق أمر شرعي منابر للرشد من حيث هو وفكيف يعتبر مالا مدخلة لهم في فهمه فيما هو متداول بينهم ومتعارف عندهم توارفا شائعا وعن (الكشاف) أن الرشد الهداية وفي (القاموس) الاهتداء ولعل المراد به في المقام الاهتداء الى اصلاح المال نعم في النهاية والصحاح أن الرشد خلاف النفي وقد فسر فيهما بالضلال وكيف كان فالقائل بعدم اشتراط العدالة أبو علي فيما حكى عنه وكاشف الرموز على الظاهر منه والمصنف في المختلف والتذكرة والتحرير ان كان فسقه لا يستلزم التبذير والشهيدان في الحواشي واللمعة والمسالك والروضة وأبو العباس في المقتصر والمقداد في كنز العرفان والتنقيح ان لم يستلزم الفسق تبذيرا والفاضل السركي في جامع المقاصد والفاضل القطيفي في ايضاح النافع والمقدس الاردبيلي في آياته وجمع برهانه والخراساني في كفايته والكاشاني في المفاتيح وشيخنا في الرياض وهو ظاهر كل من اقتصر على اصلاح المال كالارشاد والتقييد في التذكرة والتحرير والتنقيح بما اذا كان الفسق لا يستلزم التبذير ليس تفصيلا في المسئلة لان التحجير على هذا الفاسق محل وفاق كما في التذكرة ومحل النزاع انما هو الفسق الذي لا يستلزم التبذير والمخالف الشيخ في الخلاف والبسوط والراوندي في فقه القرآن وأبو المكارم في الفنية وخر الاسلام في شرح الارشاد حيث قالوا ان يكون مصلحا لاله عدلا في دينه وفي (الفنية) الاجماع عليه والمحقق في كتابه متردد وما في الرياض من أن عبارة الشيخ المحكية غير صريحة فيه ولا ظاهرة من حيث التعبير بالاحتياط الظاهر في الاستحباب فلم يبق قائل به صريحا بل ولا ظاهرا الا مدعي الاجماع يعني صاحب الفنية غير صحيح لان الشيخ قال في (المبسوط) وايناس الرشد منه أن يكون مصلحا لاله عدلا في دينه فأما اذا كان مصلحا لاله غير عدل في دينه أو كان عدلا في دينه غير مصلح لاله لا يدفع اليه ماله ولم يتعرض فيه ذكر الاحتياط أصلا ومثله عبارة الخلاف حرفا فخرقا غير انه قال وحد الرشد موضع قوله في المبسوط وايناس الرشد نعم قال في (الخلاف) بعد عدة مسائل اذا صار فاسقا الا أنه غير مبذر فالاحوط أن يحجر عليه ثم نقل عن الشافعي قولين ثم قال دليلنا قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) وروي عنهم عليهم السلام أنهم قالوا شارب الخمر فيه فوجب أن يتمتع دفع المال اليه فقد صرح بوجوب منه ونحوه ما في الفنية ثم ان كلامه هذا في مقام آخر كما يرشد اليه صريح كلامه في المبسوط قال واذا بلغ الصبي وأونس منه الرشد ودفع اليه ماله ثم صار مبذرا مضيعا لاله حجر عليه واذا صار فاسقا الا أنه غير مبذر فالظاهر أنه يحجر عليه ثم استدلل بالآية والرواية كما في الخلاف فالمسئلان مختلفان اذ محل النزاع في الابتداء (وما قيل) فيه انه أحوط انما هو في الاستدامة على أن

عبارة الغنية كعبارة الخلاف وكأنه لم يلحظ كلامه في الغنية الى آخره فان كان عول شيخنا في الرياض على المختلف فهلا عول على صريح كلامه أولا الناس على أن الشيخ في المبسوط والخلاف اشترط العدالة ثم انه في المختلف بعد عدة مسائل ذكر هذه المثلة أعني ما اذا صار فاسقا الى آخره وقال انه بناء على أنه من اشتراط العدالة في الرشد بسبب ذلك ضعف التأمل وقلة التثبت ولو تأمل لعرف أن المسائلين مختلفتان وانه في المبسوط قال: «انما هو أنه يحجر عليه ولم يقل الاحوط وفي (الخلاف) صرح بوجوب الحجر فلا يكون الاحتياط مراداً به الاستحباب ثم ان المصنف في التذكرة قال اذا طرأ الفسق الذي لا يتصل بصحيح المال ولا تبذيره فانه لا يحجر عليه اجماعاً فكأنه لم يحتفل بخلاف الشيخ وابن زهرة في المقام مع انه قد يظهر من الغنية الاجماع عليه وقد تناقل اجماع التذكرة جماعة ممن تأخر وعولوا على المختلف في النقل ولم يراجعوا الاصول (لعلهم) أن ترك المروة ليس داخل في هذه العدالة عند الشيخ وموافقه لأنه قال في التذكرة ومن لا تحفظ من الاشياء المفضية الى قلة المروة كالأكل في السوق وكشف رأس بين الناس ومد الرجل بينهم وأشياء ذلك لا قبل شهادته ويدفع اليه ماله اجماعاً (حجة) المشهور الاصل بمعنى أن الاصل الجواز ولا اصل عدم جواز منع الناس من أموالهم وقد دل عليه العقل والنقل كتاباً وسنة واجماعاً خرج منه غير البالغ وغير الرشد بالمعنى المتفق عليه بالاجماع والنص وبقي الباقي وانه علق في الآية زوال الحجر برشد ما لا يتكبر ويصدق على المصالح لئلا يرد ان الرشد اقنأمل ونقل عن ابن عباس وغيره في تفسير الآية الشريفة انه اصلاح المال وقد سمعت ما في مجمع البيان عن الباقر عليه السلام حكاه عنه المقدس الاردبيلي في آياته وما في (مجمع البحرين) عن الصادق عليه السلام ولانه ضرر في الجملة وقد عرفت معناه عرفاً وان العرف مقدم على اللغة وأن الكافر لا يحجر عليه لكفره فالفاسق أولى وبعض هذه الادلة لا ينبغي حالها (ثم) انه استدلل في المسالك على المختار بان العدالة انما تعتبر على القول بها في الابتداء لا في الاستدامة فلو كانت شرطاً في الابتداء لاعتبرت بعد ذلك لوجود مقتضي (قال) والشيخ لم يجعل التصجير اذا عرض الفسق بعد العدالة لازماً (قلت) قد عرفت أنه يلزمه وبجمله لازماً وكذلك صاحب الغنية والمولى الاردبيلي نسج على منوال المسالك وأخذ يعترض على الشيخ بانه لا فرق بين الابراء والاستدامة عتلاً ولا شرعاً وبانه لا شك ان عدم الرشد مانع وان وجوده كاف في الزوال وموجب له بالنص والاجماع والعدالة ما اعتبرت الا لكونها داخلية في مفهومه كما يرشد اليه استدلال القائل باعتبارها فلو اعتبرت ابتداء لزم اعتبارها استدامة وهو ظاهر ويؤيده ان الرشد بالمعنى الآخر أعني اصلاح المال شرط مطلقاً ابتداء واستدامة ولا يقول الشيخ باشتراط العدالة في البقاء ولانه لو اعتبرت لزم عدم جواز معاملة الفاسق مع أنهم مجمعون على جوازها وقالوا بجواز بيع الخشب لمن يعمل صنماً والغيب لمن يعمل خيراً ولا شك انه فاسق بل يلزم أن لا تجوز المعاملة الا مع العلم بالعدالة بالمعاصرة وغيرها من طرق معرفتها اذ لم يكن مجرد الاسلام مع عدم ظهور الفسق كافياً في العدالة لان المعتبر الملكة ولا يمكن دعوى ظهورها في المسلم لما نرى من احوال المسلمين ولا يكتفى في الرشد بالاصل والظاهر سواء كان اصلاحاً لقط او مع العدالة بعد دلالة الأدلة على وجوب الاختيار وأن القول باشتراطها موجب لترك المعاملة والمناكحة وتعطيل المعيشة ومخالف لعمل الامة بل الكتاب والسنة بل في الاخبار ما يدل على جواز معاملة الفاسق الى آخر ما قال ونحوه ما في المسالك من أنه لو اعتبرت العدالة في الرشد لم يقيم للمسلمين سوق ولم ينتظم للعالم حال لان الناس الا النادر منهم اما فاسق أو مجهول حال

والجبل بالشرط يقتضي الجبل بالمشروط وانت قد عرفت الحال وان الشيخ وَاَبَا المكارم يقولان
 باشتراطها في الاستدامة ولا يرد عليهما شيء مما أورده أي الشهيد الثاني والمولى الاردبيلي الا معاملة
 المعلوم فسقة كما ستسمعه ايضا اذ العدالة عند الشيخ حسن الظاهر أو مجرد الاسلام مع عدم ظهور الفسق
 وهما موجودان في الناس الا النادر فالاصل عند الشيخ والمفيد وأبي علي في المجهول الحال العدالة
 والاصل في اقواله وأفعاله الصحة واما الفسق فطار على هذا الاصل فقلبت كغلبة المجاز على الحقيقة
 فلا تعارض بين الاصلين والقائل بحسن الظاهر يقول اعلان تعارضا فلا بد من ظاهر يعضد احدهما
 وليس هو الاحسن الظاهر وشيخنا صاحب الرياض بعد أن نقل ما حكيناه من كلام المسالك وجمع الفائدة
 والبرهان قال وفيه مناقشة لعدم تماميته الا على تقدير اشتراطها على الاطلاق وليست شرطا كذلك اذ قد صرح
 الاصحاب بان اعتبارها عند القائل به انما هو في الابتداء لا في الاستدامة وعليه حكى الاجماع في التذكرة
 (وبذلك) صرح القائلان في الكتب المذكورة وأن احتاطا باعتبارها أيضا في الاستدامة فلي هذا يمكن
 أن يمنع ما ذكر من المؤيدات لاحتمال ابتنائها على وجه الصحة وهو حصول العدالة ابتداء وأن طرأ بعدها
 وصف الضد ومراجعته الى حمل أفعال المسلمين على الصحة ولا يضر معه الجبل بالشرط في المسئلة كما لا يضر
 معه الجبل بكثير من الشروط المتبعة في الاموال المتبعة في أسواق المسلمين كالجلود المشروط فيها التذكية
 ومطلق الاموال المشروط في المعاملة عليها وأبناؤها الملكية وعدم كونها سرقة ومنه مفروض المسئلة
 بالاضافة الى شرط أصل الرشد الذي هو اصلاح المال فلو صح التمسك بالمؤيدات المزبورة لنفي اعتبار
 العدالة لصح التمسك بها لنفي اعتبار اصل الرشد لتساوي النسبة اليهما بالضرورة فكما لا يضر الجبل
 بالشروط فيما عدى المسئلة بناء على حمل افعال المسلم على الصحة فكذلك فيها بالبديهة انتهى (وفيه)
 مناقشة من وجهين (الاول) انها لا تشرط في الاستدامة عند القائل بها لمكان
 اجماع التذكرة وقالا انها لو اعتبرت ابتداء لاعتبرت امدامة وأستدلا عليه بما سمعت وحينئذ توجه
 الايرادات التي أوردها على الشيخ وأيدابها المختار لانها حاولا أن ليس في غالب الناس عدالة لا ابتداء
 ولا استدامة بل الغالب عدم حصولها ابتداء وهو في سن الشباب وقرب عهده بعدم التكليف وأن
 أعطى كلامها في بعض مطاوية ما فهم في الرياض سلنا لكنه ما ذاعسى يجدي ما اجاب به في
 رد الاجماع على جواز معاملة الفاسق الذي لاشك في فسقه كصلة الخمر وصانعي الاصنام والظلمة
 والحكام واتباعهم كما دلت عليه الاخبار كما نبه عليه المولى الاردبيلي فكلامه ان ثم قائما يتم بالنسبة
 الى البعض الثاني ان اول كلامه نص في انه ماري كلام الشيخ في كتابه وظاهره هنا حيث قال
 صرح القائلان في الكتب المذكورة أنه رأى الكتب المذكورة وهذا سهل وأن كان ليس بسهل على
 انك قد علمت ان الشيخ وأبن زهرة لا يفرقان وعرفت ما يمكن أن يجيب به عما أورده عليهما ولا
 حاجة الى ما تكلفه شيخنا مع عدم تمامه (وحجة) الشيخ وموافق ما قاله في الخلاف قال دليلنا قوله تعالى
 (فان آتسم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) فاشتراط الرشد ومن كان فاسقا في دينه كان موصوفا بالنفي
 ومن وصف بالنفي لا يوصف بالرشد لان النفي والرشد صفتان متافيتان لا يجوز اجتماعهما ولانه أن كان
 عدلا في دينه مصلحا لئلا فلا خلاف في جواز دفع المال اليه وليس على جواز الدفع مع انفراده (١) احدي الصفتين

(١) كذا في النسخ ولعل الصواب مع انفراد احدي الصفتين أو انفراده باحدي الصفتين (مصححه)

ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات فإن عرف منه جودة المعاملة وعدم المغالبة إن كان تاجراً والمحافظة على ما يتكسب به والملازمة إن كان صانعاً وأشباه ذلك في الذكر والاستئصال والاستئساج في الآتي إن كانت من أهلها وأشباهه حكم بالرشد (متن)

دليل وروى ابن عباس أنه قال في قوله تعالى فإن آتستم منهم رشداً هو أن يبلغ ذا وقار وحلم وعقل ويدل أيضاً على ذلك قوله تعالى (ولا تؤثروا السفهاء أموالكم) والناسق سفیه والاخبار التي ترد تأييدها كثيرة في هذا المعنى انتهى ونحوه ما في الفنية مع زيادة دعوى الاجماع ولم يستدل الراوندي وقد يستدل لهم بالاصل والاحتياط وقد يستدل له بخبر أبي الجارود كما يأتي وليست هذه الأدلة بتلك للكانة من الضعف كما قد يظن ولما تردد المحقق في كتابه وقد توجه الجماعة لردّها ويان حالها ~~قوله~~ (ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات فإن عرف منه جودة المعاملة وعدم المغالبة إن كان تاجراً والمحافظة على ما يتكسب به والملازمة إن كان صانعاً وأشباه ذلك في الذكر والاستئصال والاستئساج في الآتي إن كانت من أهلها وأشباهه حكم بالرشد) لا بد من الاختبار للاصل والكتاب والاجماع والاخبار وقد ذكر الشيخ في المبسوط كيفية الاختبار وتبعه عليها الجماعة قال في (المبسوط) الايتام على قسيتين ذكر وأناث فالذكر على ضربين ضرب يتنزلون في الأسواق ويخالطون الناس بالبيع والشراء وضرب يصانون عن الأسواق فالذين يخالطون الناس فإنه يعرف اختبارهم بأن يأمره الولي أن يذهب الى السوق ويساوم في السلع ويقول فيها ولا يعقد العقد فإن رآه يحسن ذلك ولا يئبن فيه علم أنه رشيد والا لم يملك عنه الحجر وقيل أنه يشتري له بنير أمره ويواطئ البائع على بيعها من اليتيم وينفذه الولي اليه ليشتريها منه وقيل أنه يدفع اليه شيء من المال يشتري به سلعة ويصح شراؤه للضرورة فيجيز وأن كان اليتيم ممن يصان عن الأسواق مثل اولاد الرؤساء فإن اختبارهم أصعب فيدفع الولي اليهم نفقة شهر يخبرهم بها فينظر فإن دفعوا الى أكرتهم وغلمانهم وعملهم ومعاملهم حقوقهم من غير تبذير وأقسطوا في النفقة على انفسهم في مطاعهم ومكاسبهم سلم اليهم المال وأما الاناث فإنه يصعب اختبارهن فيدفع اليهن شيئاً من المال ويجعل عليهن نساء ثقات يشرفن عليهن فإن غزلن واستغزلن ونسجن واستنجن ولم يئذرن سلم المال اليهن فإن كن بخلاف ذلك لم يسلم اليهن انتهى وزيد في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وغيرها أنه لا بد من تكرار ذلك مراراً يحصل بها غلبة الظن ليعلم انصافه بالملكة كما تقدم نقله فيما مر وكان كلام المبسوط خال عن ذلك وفي كلامهم جميعاً مناقشة من وجوه (الاول) أن ظاهرهم التعيين والظاهر خلاف ذلك بل الضابط حصول العلم أو الظن المتأخّر له بأنه ضابط حافظ لماله لا يصرفه الا في الأغراض الصحيحة عند العقلاء بالنسبة الى حاله كائناً من كان في أي شيء كان ولا يتعين عليه في ذلك شيء من تجارة أو نفقة فكان المدار كما قد منا على العلم بحصول الملكة من التدبر والتبصر والصبر والتروي حتى يحقق الأمر وينفر عنه لا على حصول الملكة بتكرار هذه الافعال الا ان قول أن ذلك منهم ليس على سبيل التعيين (الثاني) أن تسليم المال لاولاد الاكابر لينفقوه في مطاعهم ومكاسبهم ومعاملهم مشكل قبل حصول العلم برشدهم (١) الا أن قول أن هذا جاز للضرورة

(١) اذ المفروض أن الابتلاء قبل البلوغ كما هو المعروف عندنا كما ستسمع ولا تنفع أجازة الولي في العقد الذي الناء الشارع وما قاله في التذكرة ان هذا مستثنى يحتاج الى دليل مع انه قال قبل ذلك في ذلك انه يتولاه الولي (منه قدس سره)

كما في بيع الاختبار وهو خلاف المختار بل يتولى البيع في المثال الولي كما هو الموافق للضوابط ثم أن الموضوع فيما نحن فيه متفاد لا ضرورة لامكانه بغيره كأمر يوضع المال في يده وينظر حاله فيما إذا أراد يباع أو شراء أو صرفا في نفقته وغيرها فإذا كان يحفظه ولا يفعل ما يريد إلا بعد التدبير والبحث دفع إليه كما قدمنا إذ المقصود تحصيل العلم بحفظ المال وعدم تضييعه وصرفه فيما لا يناسبه (الثالث) أنه لا باع على تكليف المرأة بالنزل والاستئجار واكتساب المال إذا الغرض حصول العلم أو الظن القريب منه بعدم تضييعها المال وحفظه وعدم صرفه في غير محله بأي وجه كان فتختبر بما قاله في التذكرة وهو أن يفوض إليها ما يفوض إلى ربة البيت فإن كانت ضابطة في ذلك حافظة للمال الذي في يدها فهي رشيدة (والحاصل) أنه لا يعتبر في رشدها ولا رشد الصبي مزاولة الكسب والاسترباح إذ ليس كل أحده قدرة واستعداد على اكتساب المال ولا يسمى ذلك أصلا حالال كما نبه على ذلك كله المقدس الأردبيلي إلا أن ينقذ إجماع على أن المراد بإصلاح المال كونه مصلحا له على الوجه اللائق بحاله عند العقلاء بالتسمة ونحوها كما صرح به قوم وأشار إليه آخرون وكيف كان فلا اكتساب بالعمل لا نسلم دخوله في إصلاح المال وإن سلمنا دخول تنمية المال المضار في أصلحه ومحل الاختبار قبل البلوغ كما في المبسوط والذرائع والتذكرة والتحرير والارصاد وغاية المراد وكثر العرفان وجامع المقاصد وتعليق الارتداد والمسالك والروضة والمفاتيح وهو ظاهر عبارة الكتاب لأن الضمير في قوله باختباره يعود إلى الصغير ونحوها عبارة اللعة وأظهر منهما عبارة النافع والإجماع محكي عليه في ظاهر التذكرة وغاية المراد وأظهر منه في ذلك عبارة المسالك ونحوها عبارة المفاتيح قال في (المسالك) هذا مما لا خلاف فيه عندنا وإنما خالف فيه بعض العامة (والحاصل) أنه لم يحك الخلاف في التذكرة وغاية المراد والمسالك إلا عن بعض العامة حيث جعله بعده فالإجماع معلوم نعم قد حمل السيد العميد في (كنز الفوائد) والفخر في (الايضاح) والشهيد وابن المتوج عبارة الكتاب كما يأتي على أن الاختبار بعد البلوغ وحصول البيع الواقع بالاختبار متفرعا على ذلك ومتصرف الحال في ذلك أن شاء الله والمولى الأردبيلي أخذ يتأمل ويحتمل كونه بعد البلوغ ولم يحزم بالخلاف وإنما احتمل الأمرين على تأمل منه لكن في خير أبي الحارود الذي رواه علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبي جعفر عليه السلام دلالة على أن الاختبار إنما هو بالبلوغ وعدمه فإذا علم بلوغه بأحد الأسباب دفع إليه المال أن أنس منه الرشد والا فلا قال قال عليه السلام في قوله جل وعز شأنه (وابتلوا النياح) من كان في يده مال بعض النياح فلا يجوز أن يعطيه حتى يبلغ التكاح ويحتمل فإذا احتلم ووجب عليه الحدود وإقامة الفرائض ولا يكون مضيا ولا شارب خمر ولا زانيا فإذا أنس منه الرشد دفع إليه المال وأشهد عليه فإذا كانوا لا يدررون أنه قد بلغ فليتمعن بريح إبطله أو نبت عاتته وإذا كان ذلك قد بلغ فيدفع إليه ماله إذا كان رشيدا الحديث وقد نفع ظهوره في مخالفة الأصحاب فإن كان ولا بد قلنا هو شاذ مخالف لما عليه الأصحاب ويكفيك أن راويه مرحوب الشيطان الأعمى بصرا وبصيرة الذي لا تنبيه في ذمه وهل هو على سبيل الوجوب أو الجواز صريح جماعة كالشهير والمقداد والكركي وظاهر آخرين الأول لأن تأخير الاختبار إلى البلوغ يؤدي إلى الأضرار به بسبب الحجر عليه ومنعه منه مع جواز كونه بالنا رشيدا لأن المنع يمتد إلى أن يختبر ويعلم رشده وربما طال ما به يثبت العلم بالملك فإذا أمكن دفع هذا الضرر تنقذ الاختبار كان أولى كما في التذكرة والمسالك

وفي صحة العقد حيثئذ اشكال (متن)

فتأمل وفي (غاية المراد وكنز العرفان) لو كان الاختبار بعد البلوغ لأدى الى الحجر على البالغ الرشيد وهو خلاف الاجماع وفي (جامع المقاصد) لو كان بعد البلوغ لم يؤمن معه الحجر على البالغ الرشيد وهو ظلم محرم فيجب التحفظ عنه ولا يكون الا بالاختبار قبل البلوغ فتأمل (وقد احتج) أصحابنا على كونه قبل البلوغ بعد الاجماع بما ذكرنا من لزوم الضرر وبقوله جل شأنه وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم (ووجه) دلالة الآية من وجهين (الاول) انه سبحانه وتعالى جعل متعلق الابتلاء اليتامى والمراد باليتيم لغة وشرعا من لأب له دون البلوغ فالبالغ ليس يتيما بطريق الحقيقة واللفظ يحمل على حقيقته اذا لم يمنع منها مانع وهو متصف هنا (الثاني) قوله جل شأنه (حتى اذا بلغوا النكاح) فقد جعل غاية اختبارهم البلوغ قبل على ان الاختبار قبله (وتنقيحه) ان حتى ابتدائية لان ما بعدها جملة شرطية والجزء جملة أخرى شرطية وهي فان أنستم فالهاء الاولى جواب الشرط الاول والثانية جواب الثاني وقول المولى الاردبيلي ان ظاهر قوله تعالى فان أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم يدل على دفع المال بعد ايناس الرشيد بلا فصل فلو كان الابتلاء قبل البلوغ لزم وجوب الاعطاء بعد الرشيد وقبل البلوغ وهو منفي بالاجماع وقوله ولا يبعد صدق اليتيم على قريب العهد باليتيم وانه من المعلوم ان الابتلاء لم ينته بالبلوغ فكانه مقيد بعدم الرشيد ورضاه بهذين الجواب عن دليلي الاصحاب فاسد قطعا من وجهين (الاول) انه يلزم أن تكون حتى الداخلة على الجملة الفعلية التي فعلها ماضي جاره والجمهور على خلاف ذلك كما نص عليه في المعنى في قوله جل شأنه (حتى اذا فسلم) فنسب الى الجمهور ان حتى ابتدائية وان اذا في موضع نصب بشرطها أو جوابها المحذوف وقدره امتحنهم مع أن الجواب هنا موجود ونسب جعل اذا في قوله اذا فسلم في موضع جريحتي الى الاخفش وابن مالك وقال ان الجمهور على خلافهما فما الباعث على مخالفة جمهور التحويين وجميع الاصحاب وحمل القرآن على الوجه الشاذ على ان الاخفش وابن مالك انما تجريا على مخالفة في تلك الآية لعدم الجواب ولا أظن انهما يمتثلان ذلك في هذه الآية لمكان وجود الجواب الذي تناسق مع شرطه وتناسق جوابه معه (الثاني) انه يلزم اخراج لفظ اليتامى عن حقيقته من دون باعث وداع اليه ومن ذهب اليه من العامة وهو بعض الشافعية وأحمد في إحدى الروايتين عنه انما كان لامر آخر أشكل عليهما وهو ان الصبي محجور عليه قبل البلوغ فتصرفه غير نافذ فكيف يختبر (وقد أجابهما) أصحابنا وأصحابنا بأنه يختبر بالممارسة والمماكسة والمساومة فاذا آل الامر الى العقد تولاه الولي وقد سمعت الوجه الآخر الذي في المبسوط (وأما) قوله من المعلوم الى آخر (جوابه) ان الاصحاب يقولون ان الوجوب ينتهي بالبلوغ فكان غاية الوجوب وقد دلت الآية التريفة على وجوب الدفع بعد ذلك ولا يحتاج الى حاكم ولا الى ولي ولا الى طلب صاحب المال كسائر الحقوق من الدين ونحوه وكأنه بمنزلة الامانة الشرعية وان الظاهر وجوب الفور بل ظاهرها وجوب الاشهاد ولكن حمل الامر فيه على الارتداد (اذا تقرر هذا) فقد الى عبارة الكتاب بقوله يعلم باختباره يعني اختبار الصغير ذكرنا ان أوتى بدليل قوله واشباه ذلك في الذكر والاستتزال والاستنساخ في الاتي اذ هو المحدث عنه بما يناسبه من التصرفات ~~قوله~~ (وفي صحة العقد حيثئذ اشكال) الظاهر انه يريد ان في صحة العقد

الواقع للاختبار قبل البلوغ اشكالا ينشأ من أن الصغر مانع من الصحة وأفعال الصبي وأقواله في غير العبادات غير شرعية كما يرهن عليه في موضعه والأمر بالابتلاء لا يستلزم أزيد من كون مابه الابتلاء معتبرا في افادة الرشد وعدمه فلا يقتضي ترتب أثر آخر عليه من صحة العقد وعدمه لأن ذلك خارج عن مقتضاه وعلى هذا فكيفية اختباره أن يأمره الولي بالمساومة في البيع ويمتنحه بالممارسة والمساومة وتقرير الثمن فإذا آل الأمر إلى العقد عقده الولي وهو أغني علم الصحة خيرة المبسوط والشرائع وجامع المقاصد والمسالك وهو الذي استقر عليه رأيه في التذكرة وهو الذي تقتضيه القوانين لأن غير البالغ إذا لم يصلح للبيع ونحوه لا يصلح مطلقا حال الاختبار وغيره والاختبار غير موقوف على حصول التصرف منه صحيحا حتى يقال به هنا للضرورة على أن الآية الشريفة لا تدل على صحة المعاملة حال الاختبار وإنما تدل على الابتلاء قبل البلوغ ودفع المال بعد الرشد كما أشرنا إليه آفا فاحتمال الصحة لظاهر الآية إذا أمر بالابتلاء يقتضي كون الأمر الصادر من الصبي معتبرا خصوصا على القول بأن أفعال الصبي شرعية كما في التحرير وموضع من التذكرة فيه مالا يخفى وهذا هو الوجه الثاني من الاشكال والقول بشرعية أفعاله إنما هو في العبادات لمكان الاجماع أو أمر الاولياء بأن يأمرهم وغير ذلك وذلك مقتود في المقام إذ ليس قولك ابتله واختبره الاكتواءك سله وادعه ولا ريب أن المسئول والمدعو ليس مدعوا للاول كما قيل ذلك في قوله عليه السلام مروم اذالكلام في المميز الذي يعلم أن ذلك من الله سبحانه فامل جيدا (وليعلم) أن فخر الاسلام وعميد الدين والشهيد وابن المتوج حملوا عبارة الكتاب على ما إذا كان العقد الواقع للاختبار بعد بلوغه فقال ولد المصنف اذا ظهر رشده حال العقود صحت العقود قطعا فاستنتى هذه الصورة وجعل ما اذا ظهر سفهه أو لم يتبين شيء بعد محل الاشكال ومنشاؤه من أن السفه يصح تصرفه باذن الولي وهذه العقود مأذون فيها شرعا ومن حيث بطلان تصرفات السفه وهذا سفه وهما أن الولي أذن له في البيع أو الشراء مطلقا ولم يمن له شخص المبيع والمشتري والثمن أذ لو عين له ذلك كله فالتصريح بالاختبار ولا ريب أن الاذن المطلقة بعد الحكم بسفه لا الاختبار لغو واما مع الاختبار فاحتمال الصحة قام لمكان اذن الشارع به وهذا ما اراده بالوجه الاول وليس مراده قطعا انه اذن له واجازه كما فهمه المحقق الثاني والا لما صح له ذكر الوجه الثاني من منشأ الاشكال ومعنى قوله هذا سفه في الوجه الثاني ظاهر فيما اذا ظهر سفهه لانه سفه واقعا وأما إذا لم يتبين فهو سفه حكما لمكان مفهوم الشرط في قوله جل شأنه فأن أنسب منهم رشدا فادفعوا كما هو ظاهر فما أورده عليه من أن عقد السفه صحيح إذا اجازه الولي وكان بالغا أجماعا فأبي وجه الاشكال إذا اذن له الولي ابتداء غير وارد لما عرفت من أنه في الايضاح لم يتعرض للاجازه وإنما تعرض للاذن المطلقة حال الاختبار والصحة حينئذ محل اشكال لا محل اجماع قطعا على أن الاجازة حينئذ إنما تكون من الحاكم عند الأكثر على ما حكى عنهم فيمن بلغ سفها من أن الولاية عليه للحاكم فيكون الاذن الأب أو الجد أو الوصي والمميز الحاكم فكلامه عليه في جامع المقاصد لا وجه له من وجهين وكذا قوله أن العلم بكون العاقد رشيدا ليس شرطا لصحة العقد قطعا إنما الشرط كونه رشيدا في الواقع لا وجه له لانه في الايضاح كما سمعت جعل الاشكال فيمن ظهر سفهه ومن لم يتبين سفهه وهو غير وارد على الاول قطعا ولا على الثاني لانه محكوم بسفهه بمفهوم الآية في دفع المال ولا قائل بالفرق بين دفع المال وصحة العقد سلمنا أن العقد حينئذ صحيح في الواقع على فرض أنه رشيد في الواقع لكن من أين لنا العلم

ولا يزول الحجر بفقد أحد الوصفين وإن طعن في السن ويثبت الرشد في الرجال بشهادتهم
وفي النساء بها وبشهادتهن (متن)

بالواقع فالأصول تقضي بعدم صحته ولا أقل من تارضها وإن كان إنما وجهه على السيد العميد فقط لانه عم
الاشكال للمسائل الثلاث فمع انه خلاف الظاهر فمن المعلوم انه لا يريد به ونمنع ظهوره من كلامه وعلى تقديره
فالظاهر يعدل عنه لليقين من جهة القواعد المعلومة وبذلك كله ظهر فساد قوله أخيرا ولو اعتبرنا ما ذكره
الشارحان في حل العبارة فالبيع الواقع بعد البلوغ صحيح على كل حال كما عرفت الحال مفصلا فقوله هذا
عجيب غريب انه منه لعجيب غريب (وقال) ابن المتوج فيما حكى عنه الشهيد ان هذا الاشكال مبني
على أن مجرد ظهور السفة مبطل لتصرفاته من دون توقف على حكم الحاكم أما على القول باشتراط حجر
الحاكم فلا يتأتى هذا الاشكال فيكون هذا التصرف صحيحا لا زما انتهى فليتأمل فيه لكنه فهم انه
فيما بعد البلوغ (وقال الشهيد) الاقوال ثلاثة الصحة مطلقا لا من الشارع بذلك والبطالان مطلقا لا اعتبار الرشد
والثالث ان ظهر الرشد ظهرت الصحة وإن ظهر السفة ظهر البطلان وقد فهم أيضا أنه بعد البلوغ والذي
دعى هؤلاء الاجلاء الى حمل العبارة على ذلك مع ظهورها فيما قبل البلوغ مع ائناس الرشد أما ان
الاولين سموا ذلك من المصنف واقتفاها الآخرون وقد ظهر وجه مما حررناه وأما ان حملها على ما قبل
البلوغ بعيد لانه لا ريب في بطلانه لان البلوغ شرطا اجماعا عندهم (وفيه) ان المصنف سيتردد في بيع المميز
فبالاولى أن يتردد هنا لمكان الأمر بالابتلاء والشيخ نقل القول بالصحة لمكان الضرورة والمحقق
حكم بعدم بعد تأمل وفي (التحرير) حكم بالصحة فالتأمل والاشكال له وجه في الجملة ﴿قوله﴾
﴿ولا يزول الحجر بفقد أحد الوصفين وإن طعن في السن﴾ هذا قول أكثر علماء الامصار من أهل
الحجاز والعراق والشام ومصر والمخالف أبو حنيفة كما في التذكرة وهو محل وفاق منا كما في المسالك
والروضة وظاهر نهج الحق حيث نسبته الى الامامية (وقال) أبو حنيفة اذا بلغ خمس وعشرين سنة فلك عنه
الحجر وإن كان سفيا لانه قد بلغ أشده وصلح أن يصير جدا قال في (التذكرة) بعد كلام طويل كونه
جدا ليس تحت معنى ولا أصل له في الشرع وهو ثابت فيمن له دون هذا السن فإن المرأة تكون جده
لاحدى وعشرين والمراد بفقد أحد الوصفين فقد الصغر وقد عدم الرشد اذ لا بد من قدحها وقيل
لا بد في حمل الوصفين على الصغر وعدم الرشد من العناية لان عدم الرشد لم يجر له ذكر والأمر سهل
لمكان الملازمة من أول الامر ﴿قوله﴾ ﴿ويثبت الرشد في الرجال بشهادتهم وفي النساء بها
وبشهادتهن﴾ يكفي الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك والروضة وجمع البرهان
والمقاييس وكذا الكفاية وهو ظاهر بقية الشروح والحواشي حيث لم يكن فيها مناقشة ولا تأمل وفي
(مجمع البرهان) لعل دليل الجميع الاجماع وفي (التذكرة) لو اقتصر على ثبوت رشد النساء على شهادة الرجال
لزم الحرج والضيق وهو منفي بالاجماع وقال في (الكفاية) في خصوص هذا الفرع قالوا وفي (الرياض) اما
ثبوت رشده بشهادة رجلين في الرجال فلا اشكال فيه وأما ثبوت شهادة الرجال منفردين أو النساء
كذلك أو ملقيات منهن ومنهم كرجل وامرأتين في النساء فلا خلاف فيه في الظاهر بل عليه الاجماع
في كثير من العبارات وهو الحق (قلت) ونحن تتبعنا عبارات الاصحاب في المقام فما وجدنا الا ما ذكرنا
ولم نجد هذه العبارات الكثيرة التي قد اشتملت على هذا الاجماع المتضمن ثلاثة أحكام وقد تتبعنا

وصرف المال الى وجوه الخيرات ليس بتبذير (متن)

كلامهم في باب الشهادات فلم نجدهم ذكروا الرشد فضلا عن قتل الاجماع عليه في النساء نعم قالوا
قبل شهادة النساء منفردات فيما يصسر اطلاع الرجال عليه غالبا ومثله بالولادة والاستهلال وعيوب
النساء الباطنة والرضاع والوصية له وكيف كان فلا ريب في قبول شهادة الرجال في الرجال للاجماع
المعلوم والاستقراء والعموم أعني عموم الأدلة بقبول شهادتهما وانما الكلام في أنه هل يشترط قيامها عند
الحاكم وحكمه بها أم لا وهل قبل في الانبات والاختلام أم لا فالقدس الاردبيلي على انه يمكن
الثبوت مع تعذر الحاكم دفعا للخرج وان الاحتياط يقتضي الاختبار مع الامكان ومع عدم لزوم تأخير
تسليم المال الى صاحبه بزمان كثير يضربه خصوصا اذا طلبه وثبوت عمل الامة في المعاملات مع عدم
ثبوته عندهم بحكم الحاكم مع تحقق كونه غير رشيد يبين وما ذاك الا الحكم بظاهر الحال وشهادة المدلين
ليست بأقل من ذلك ولصدق الرشد الذي هو شرط في الآية والاخبار الدالة على التسليم مع ثبوت
كونه رشيدا عند التصرف من غير قيد حكم الحاكم ولهذا قالوا ان فك حجر الصبي ليس بموقوف بعد
البلوغ والرشد الى حكم الحاكم فتأمل فالظاهر أن الضابط حصول العلم بل الظن المتأخر له اما بالاختبار
على أي وجه كان أو حكم الحاكم أو شهادة المدلين سواء كانا على الرجل أو المرأة أو أربع نسوة
أو امرأتين وعدل لصدق الآية والاخبار (قلت) بعد تسمينهم لها شهادة وتسليم اشتراطهم في الشهادة
انضمام حكم الحاكم اليها في جميع الامور الا ما استثنى وليس الرشد منه يجب بالحكم بعدم الثبوت وعدم
ترتب الاحكام الا بحكمه اذ الشهادة عندهم اخبار جازم بحق أو غيره عند الحاكم ولو كان الامر كما
قال لا اكتفى فيه بخبر الواحد اذا أفاد ظنا متاخما للعلم وفرق تام بين ظاهر الحال وشاهد الحال وشهادة
المدلين اذ الاخير متوقف على الجرح والتعديل ومعرفة الكبائر والصغائر والملكة وغيرها وتلك وظيفة
الحاكم الا ما استثنى وشاهد الحال جار مجرى القطع وعمل الامة اما على شاهد الحال لمن عرف بالحال
تحته معنيان أو على القاعدة المجمع عليها وهو أصل صحة فعل السلم وأما قبولها في غير الرشد من السن
والانبات والاختلام والظاهر قبولها في الجميع وان كان الفرض في الاخيرين مع عدالة الشهود نادرا
جدا لندرة العلم بهما جدا خصوصا في النساء خصوصا في امنائهن على وجه يبقى للشاهد عدالة وأما
قبول شهادة الرجال منفردين في النساء فدليلة ما هدم وأما قبول شهادة النساء الاربع منفردات أو
الختائى كذلك أو ملفقات منهن ومن الرجال كرجل وامرأتين في النساء فدليلة العسر والخرج لان رشد
المرأة مما لا يطلع عليه الرجال غالبا فلو اقتصرنا في ثبوت رشدهن على شهادة الرجال لزم الجرح والضيق
وهو منفي اجماعا كما في التذكرة فتأمل ولعل الاولى الاستدلال عليه بالنصوص الدالة على الاكتفاء
بشهادتهن منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال غالبا مع دعوى أن هذامته وبنحوها يستدل على التلقيق
بل وعلى الختائى فليتأمل ولم ينص على الختائى سوى المصنف في التذكرة والشهيد الثاني في الروضة
والمسالك - قوله - ﴿ وصرف المال الى وجوه الخيرات ليس بتبذير ﴾ ظاهر اطلاقه انه لا فرق
بين الافراط في ذلك وعدمه ولا بين كون ذلك لا تقابله أولا وهو ظاهر مجمع البرهان وقد يلوح ذلك
مما حكى عن مجمع البيان وفي (المسالك) انه المشهور وقد استدل عليه بأنه لا سرف في الخبر كما لاخير في
السرف وهو ليس بمحدث وانما حكى أن رجلا تصدق كثيرا فقال له رجل لاخير في السرف فأجاب

لا صرف في الخير وبأن أمير المؤمنين تصدق بالأقراص كما هو مشهور فتزلت فيه سورة هل أتى (وأجيب)
بأن ذلك من خواصهم ولا تنق بمحلم لعظمة كالم لكن قال في (مجمع البيان) أن ذلك ليس مخصوصا بهم
صلوات الله عليهم بل كل مؤمن يفعل ذلك ينال ذلك (وبقوله) صلى الله عليه وسلم لعلي عليه السلام وأما
الصدقة فجهدك وبالأخبار الدالة على الترغيب والترهيب على تركه وهي لا تدل على ذلك وقال في (المسالك)
ومن المستفيض خروج جماعة من أكابر الصحابة وبعض الأئمة صلوات الله عليهم كالحسن عليه السلام
من أموالهم في الخير لكنه قال إلا أن يمنع أن ذلك لا يليق بمحلم (قلت) على أن المروي عن الحسن
عليه السلام إنما هو أنه قاسم ربه ماله حتى النمل لأنه أخرج منه كمالا (والحاصل) أن جميع ما يمكن أن
يستدل به في هذا المقام قابل للحمل على عدم التصديق بجميع المال إلا ما ورد عن آية الله الكبرى
فانه لا يقدر عليه إلا هو عليه السلام ومن كان في عياله لمكان بركته على أن في رواية القمي أنه عليه
السلام أعطى ثلث العبيدة للمسكين ثم جاء النبي فاعطاه الثلث ثم جاء الأمير فاعطاه الثلث الباقي وقال
في (التذكرة) لو بلغ وصرف أمواله في وجوه الخير كالصدقات وفك الرقاب وبناء المساجد وأشباه ذلك
مما لا يليق بماله كالتاجر وشبهه فهو تبذير وهو معنى قوله في التحرير صرف أكثر المال في صنوف الخير
مع قناعته بالباقي ليس بتبذير ومعنى قوله في الإرشاد صرف المال في صنوف الخير ليس بتبذير مع
بلوغه في الخير إذ معناه أن صرف المال في الخير ليس بتبذير بشرط بلوغ المال ذلك بمعنى كون
ذلك فاضلا عما يحتاج إليه وكونه لا تها بماله ولا تصنع إلى ما ذكر في معناه غير هذا وهو خيرة المقداد
وصاحب الكفاية ولم يرجح المحقق الثاني والشهيد الثاني وكان الثاني مال إليه وقد استدلل عليه في (التذكرة)
بقوله تعالى (ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط) وهو مطلق فيتناول محل النزاع
ولكنه لا يدل على مطلوبه لأن الحكم بكونه تبذيرا يقتضي فساد التصرف والنهي هنا لا يقتضيه
قليلا أم جيدا إذ قد يقال إن النهي للتحريم والمستفاد من كلام هؤلاء أن المدار على ما هو اللائق بماله
وغيره والاولى الاستدلال عليه بالآيات والأخبار وقد تضمن بعضها الدلالة على المطلوب مع استلزامه
رد الخصم وبعضها على رد الخصم مع استلزامه المطلوب قال الله سبحانه وتعالى (يسألونك ماذا ينفقون
قل العفو) فمن الصادق عليه السلام أن العفو هو الوسط من غير اسراف ولا اقتار وعن الباقر عليه السلام
ما فضل عن قوت السنة وعن ابن عباس ما فضل عن الأهل والعيال أو الفضل عن الغنى وروي أنه
صلى الله عليه وسلم قال لمن أتاه يبيضة من ذهب أصابها في بعض الغزوات يجيء أحدكم بماله كله يتصدق
به ويجلس يتكفف الناس إنما الصدقة عن ظهر غنى والظاهر قد يرد في مثل هذا اشباع الكلام وتمكيننا
كأن صدقة مستندة إلى ظهر قوي من المال فكانه قال إذا أعطيتها كانت عن استغناء منك وكانت عفو فضلا
(فضل خل) عن غنى ومثله خير الصدقة ما أبت غنى وقد يكون المراد بظهر الغنى كظهر الغيب
وظهر القلب وحق اليقين (وقد روى) في الكافي وتفسير العياشي على ما حكى عن أبي عبد الله
عليه السلام لو أن رجلا أفق ما في يده في سبيل الله ما كان أحسن ولا وفق للخير أليس الله تبارك
وتعالى يقول (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن الله يحب المحسنين) وفي صحيحه عبد الله
ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في تفسير قوله تعالى (والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان
بين ذلك قواما) فبسط كفه وفرق أصابعه وحنأها (وحناشي خل) شيئا فشيئا وعن قوله ولا تبسطها
كل البسط فبسط راحته وقال هكذا وقال القوام ما يخرج من بين الأصابع ويبقى في الراحة منه شيء

وصرفه الى الاغذية النفيسة التي لا تليق بحاله تبذير (متن)

(وعن الصادق عليه السلام) انه تلا هذه الآية فأخذ قبضة من حصى وقبضها بيده قال هذا الاقتار الذي ذكره الله في كتابه ثم قبض قبضة أخرى فأرخی كفه كلها ثم قال هذا الاسراف ثم قبض أخرى فأرخی بعضها وأمسك بعضها وقال وهذا القوام (وفي صحيحة) الوليد بن صبيح قال كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فجاء سائل وأعطاه ثم جاء آخر فأعطاه ثم جاء آخر فقال يوسع الله عليك ثم قال ان رجلا لو كان ماله ثلاثين أو أربعين ألف درهم ثم شاء أن لا يبقى منها الا وضعا في حق فيبقى لا ماله فيكون من الثلاثة الذين يرد دعائهم (قلت) من هم قال أحدهم رجل كان له مال فأنفق في وجهه ثم قال يارب ارزقني فيقال له ألم أررقت وروى ابن أبي نصر في الصحيح عن أبي الحسن عليه السلام قال سأله عن قول الله عز وجل (وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا) قال كان أبي يقول من الاسراف في الحصاد والجذاذ أن يتصدق بكفيه جعيا وكان أبي اذا حضر شيئا من هذا فرأى أحدا من غلمانه يتصدق بكفيه صاح به أعط يد واحدة القبضة بعد القبضة والضفت بعد الضفت من السبل وفي الحسن عن ابن أبي عمير عن هشام بن المثنى قال سئل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا انه لا يجب المسرفين قال كان فلان ابن فلان الانصاري سماه وكان له حرث وكان اذا أخذه (أجده خ ل) يتصدق به ويقي هو وعياله بغير شيء فجعل الله ذلك سرفا وروى في (الكافي) عن الصادق عليه السلام في باب دخول الصوفية على أبي عبد الله عليه السلام وانكاره عليهم فيما يأمرون الناس به من خروج الانسان من ماله بالصدقة على الفقراء والمساكين هذا (وفي حسنة) شهاب بن عبد ربه قال قال أبو عبد الله عليه السلام ليس في الطعام سرف وفي بعض الاخبار ان السرف أن تجعل ثوب صونك ثوب بذلتك وفي بعضها ان السرف أمر يفضي الله عز وجل حتى طرحك النواة فاتما تصلح لشيء وحتى فضل شرابك (وفي رواية) اسحق ليس فيما أصلح البدن اسراف وفيها انما الاسراف فيما أفسد المال وأضر بالبدن قيل وما الاقتار قال أكل الخبز والملح وأنت تقدر على غيره قيل فما القصد قال الخبز واللحم واللبن والحل والسمن مرة هذا ومرة هذا ونحوه رواية أخرى لاسحق ابن عبد العزيز عن رجل ونحوه في رواية ابن تغلب قوله **﴿﴾** وصرفه الى الاغذية النفيسة التي لا تليق بحاله تبذير (هذا مما لا خلاف فيه عندنا كما في مجمع البرهان لصدق الاسراف والتبذير المنهي عنه (وقال) أكثر الشافعية لا يكون تبذيرا لان الغاية في تملك المال الانتفاع به والالتذاذ وكذا قالوا ان شراء الثياب الفاخرة وان لم تكن لاثقة (١) وبالجملة حصر أكثرهم التبذير في التضييعات كالرمي في البحر واحتمال الغبن الفاحش وشبهه وفي الاتفاق في المحرمات والمراد بالحال قلة المال وكثرته فلو كان معه مال كثير وغير عادته في المأكول والملبوس والمركوب لم يحجر عليه ومن التبذير الحرام عند علماء الاسلام صرف المال وان كان قليلا في الرياء نصوا على ذلك في تفسير الآية الشريفة وفي (مجمع البرهان) انه مما لا شك فيه وقد حكى في التذكرة الاجماع وظاهره

(١) كذا في التسخن والعبارة ناقصة ولعل صوابها كذا قالوا في شراء الى آخره أو صوابها وان لم تكن لاثقة ليس بتبذير انتهى (مصححه)

وولي الطفل ابوه وجده لايه وان علا ويشتركان في الولاية فان قددا فالوصي فان قددا
فالحاكم ولا ولاية للام ولا لغيرها من الاخوة والاعمام وغيرهم عدا من ذكرنا (متن)

اجماع الامة على ان صرف المال في المحرمات سفه وتبذير وقد سمي الله سبحانه وتعالى المرائين كافرين قال
سبحانه وتعالى (يا ايها الذين آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالمن والاذى كالذي ينفق ماله رثاء الناس ولا يؤمن
بالله واليوم الآخر فثله كمثل صفوان عليه تراب فأصابه وابل فتركه صلدا لا يقدرون على شيء مما كسبوا والله
لا يهدي القوم الكافرين) قالوا ولذا ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الشرك في أمي أخفى من النملة
السوداء في الليلة الظلماء وقال صلى الله عليه وسلم ان أخوف ما أخاف عليكم من الشرك الا صغر قبل وما
الشرك الا صغر قال الرياء يقول الله تعالى لهم يوم يجازي العباد اذهبوا الى الذين كنتم تراؤنهم في الدنيا
هل نجدون عندهم جزاء وعنه صلى الله عليه وسلم انه يقال للمرائي في الانفاق ما فعلت فيما آتيتك فيقول
كنت أصل الرحم وأتصدق فيقول الله له كذبت وتقول الملائكة كذبت ويقول الله بل أردت أن
يقال فلان جواد فقد قيل لك فقد عمت البلوى والبلى لانه يلزم عدم جواز معاملة هؤلاء وعدم جواز
الأكل من هذا المال لان باذله سفيه ولا أظن ان أحدا يخلوا من ذلك من أصحاب الاموال فضلا
عن الحكم والظلمة وانت ان لم تعاملهم لابد وأن تعامل من يعاملهم ولعلمهم في مثل ذلك يبنون على
أصل صحة فعل المسلم وانه لا يفعل حراما وانما قصد قصدا سائنا أو يخصصون ذلك بما اذا لم يكن
له غرض صحيح في نظر أهل الدنيا فليتأمل أو يقولون ان الرياء محله العبادات كما يشعر به مقابلته
بالاخلاص وغير ذلك فلا يضر في غيرها (وفيه) انه لم يثبت فيه حقيقة شرعية والذي نص عليه أهل
اللغة انه مأخوذ من أراء فاصله أراء وهو ما فعله ليري كما ان السعة ما فعل ليسمع كما في الفاموس وغيره
وهو ظاهر الكتاب المجيد حيث قال جل شأنه كمثل الذي ينفق ماله رثاء الناس ولم يقل كمثل الذي
يتصدق مع ان صدور الآية في التصديق (وفي الخبر) من بنى بناء رياء وسعة طوقه الله الحديث وهو
ظاهر اطلاقات القوم وأخبارهم وصريح مجمع البرهان وعد في المفاتيح من المعاصي المنصوص عليها البناء
رياء وسعة (وفي النبوي) المروي في كتبنا المفتى به الولبة أول يوم حق والثاني معروف وما زاد رياء
وسعة ونحوه في ذلك كله التهي عن النكاح للرياء والسعة وفي (قواعد السيد) انه يجري في الجهاد
والغزو وليس عبادة اجماعا وكذا الاذان ولا ينافي ذلك قوله في قواعده أيضا في بيان الاخلاص في
العبادة ويتحقق الرياء بقصد مدح المرائي أو الانتفاع به أو دفع ضرره والكلام في المقام طويل
الاذئاب وفيما ذكرناه بلاغ وقد عقد له بابا في الكافي سرد فيه أخبارا مطلقة والتخصيص يحتاج الى
دليل فليكن الرياء مطلقا كالمعجب والظلم والكبر ونحو ذلك والكلام فيما يقع على نحوين او انحاء
احدها الرياء ولا يشترط في التحو الآخر أو الانحاء الآخر ان يكون عبادة بل يكفي في باخته وعدم
حرمته ان لا يكون رياء وان خلا عن نية اخرى فليحظ ذلك وليدبر فيه قوله ﴿ وولي الطفل ﴾
ابوه وجده لايه وأن علا ويشتركان في الولاية فان قددا فالوصي فان قددا فالحاكم ولا ولاية للام ولا
لغيرها من الاخوة والاعمام وغيرهم عدا من ذكرنا ﴿ تنقيح البحث في المقام ان يقال هنا طفل ومجنون
وسفيه ومفلس وقد نص في المبسوط والشرائع والنافع والتذكرة والتبصرة والتحرير والارشاد واللمعة
وجامع المقاصد والروضة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وغيرها ان الولاية في مال الطفل والمجنون

لا يه وجده لايه وان علا وقد حكي عليه الاجماع في التذكرة ونفي الخلاف عنه في المسالك والكفاية وفي (مجمع البرهان) كأن عليه اجماع الامة مضافا الى النصوص المستفيضة بل المتواترة كما قيل الواردة في التزويج الصريحة في ثبوت ولايتها عليهما فيه المستدل بها بالفحوى والاولوية في المسئلة مضافا الى حد وخص النصوص المستفيضة الواردة في بحث أموال اليتامى والوصية وغيرها من المباحث الكثيرة كما في الرياض وقد أطلق المجنون فيما عدا جامع المقاصد ومجمع البرهان من غير فرق بين من اتصل جنونه بصغره أو تجدد له ذلك بعد بلوغه ورشده الثغنا الى ثبوته في بحث التزويج على المشهور كما في ايضاح النافع مع ظهور الاجماع من التذكرة ثمة المستلزم لثبوت الحكم هنا بالاولوية لكن هذا الاجماع من التذكرة مستفاد من اطلاق ضعيف ليس بتلك المكانة من التحويل عليه على انه قد نص فيها بعد ذلك بست قوائم في السبب الرابع على ان الولاية حينئذ للحاكم والسلطان وظاهره الاجماع لكنه أيضا ليس بتلك المثابة من الظهور لانه قال ليس عندنا للسلطان ولاية في التزويج على الكبار ولا على الصغار بل على المجانين والسفهاء وستسمع تمام الكلام في السفه ثم ان الشهرة محكمة على ذلك أي على أن الولاية للحاكم في التزويج على من بلغ ورشد ثم تجدد جنونه وقد يشهد على صحة الشهرة الاولى اطلاق الجميع هنا الا ما قل واطلاق الاكثر في باب النكاح فتأمل وقال في (جامع المقاصد) ان المجنون ان بلغ قاسد العقل فالولاية للأب والجد اما اذا كل بالغا ثم تجدد جنونه فالذي يقتضيه صحيح النظر ان الولاية عليه للحاكم ومثله ما في مجمع البرهان وما في نكاح المسالك وظاهر مجمع البرهان في مقام آخر انه لا خلاف ولا نزاع في ان أمره الى الحاكم وقال أيضا في مقام آخر لا دليل على ثبوتها لهما فتكون لهما كم كسائر الولايات ولا يساويه أحد في العلم والديانة ولان العلماء ورثة الانبياء وانهم بمنزلة انبياء بني اسرائيل ولا شك في ثبوت ذلك للانبياء فيكون للعلماء أيضا ولان الفقيه نائب الاصل بمقتضى بعض الاخبار المؤيدة بالشهرة وقيل الاجماع (وقد يوجه) الاول بأن ولايتها ذاتية منوطة باشفاقهما وتضررها بما يتضرر به الولد فكانت اولى من ولاية الحاكم وهما من جهة الاصول أيضا متساويان اذ كما يقال قد زالت ولايتهما والاصل بقاء انتطاعها معارض بمثلها في ولاية الحاكم واذا كان كذلك فلا بد لهذا من ولي وهو دائر بين ابيه والحاكم ولا ريب ان الحاكم اولى لما ذكرنا اولا ولا سيما اذا كان ابوه غير عدل ولان ولايته عامة وولاية الأب حينئذ تحتاج الى الدليل مضافا الى ما سنعلم في السفه بل لولا الاجماع المتقول على ثبوت ولايتهما في التزويج والبيع وسائر التصرفات على البالغ المتصل جنونه بالصغر لا يمكن القول بثبوت ولاية الحاكم عليه أيضا وهذا الاجماع ونفي الخلاف حكي في جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرها والاحوط موافقة الحاكم للأب وموافقته للحاكم واما اشتراك الأب والجد في الولاية فظاهر نكاح المسالك الاجماع عليه وقد نص على الحكم في المقام المحقق والمصنف في غير الكتاب ايضا والشهيدان وغيرهم بمعنى نفوذ تصرف احدهما مع قد تصرف الآخر او الموافقة وعدم المعارضة وسبق تصرف المتصرف منها من غير علم الآخر أو مع علمه حتى لو كان السابق الأب وقد علم ان الجد مخالف له وقصد سبقه بالعقد أو التصرف فقد ترك الاولى وصح عقده وتصرفه في (التذكرة) اذا كانا موجودين اشتركا في الولاية وكان حكم الجد أولى ولعله يريد اذا اقترنا لانه قد قيل حينئذ بتقديم الأب وقيل بتقديم الجد وقيل بالاطلاق وأوسطها الوسط للنصوص المستفيضة الدالة على ذلك في التزويج بل والاجامات المحكمة وفي (تعليق الارشاد) هل تكون ولاية الجد أولى (أقوى خل) حتى لو باعا

مما يقدم بيع الجدل لا اعلم تصريحاً بذلك لكن كلامهم في باب الانكحة يقتضيه ولعله يريد انه يقتضيه بالفحوى والا ولوية والخالف في ذلك المصنف في وصايا التذكرة قال على ما حكى ان ولاية الاب مقدمة على ولاية الجد والشهد الثاني في وصايا المسالك وفي تعدي الحكم الى اب الجد وجد الجد وان علام مع الاب اومع من هو أدنى منه حتى يكون اب الجد أولى من الجد وجد الجد أولى من الجد وجم ان من زيادة البعد ووجود العلة وقد يقال بتقديم الجد وأن علا على الاب فان الجد وان علا يشمله اسم الجد لانه مقول على الأعلى والادنى بالتواطى ويقتضى الكلام في اقامة الجد مع ابيه مقام الاب مع الجد فلمل الاقوى عدم اقامته لقد النص الموجب له مع اشتراكهما في الولاية فان الجد لا يصدق عليه اسم الاب الا مجازاً فلا يتناوله ومن جعله ابا حقيقة كما ذهب اليه جمع من اصحابنا يلزمه تعدي الحكم وليس بذلك البعيد كما اخترناه في حواشينا على الروضة فلى الاول يبطل العقد والتصرف لاستحالة الترجيح بغير مرجح أو اجتماع الضدين وعلى الثاني يقدم عقد الاولى (الأعلى خل) وفي (جامع المقاصد) هل يكون للجد الأعلى مع الجد الادنى ولاية فيه نظر هذا وفي (مجمع البرهان والكفاية) ان اكثر العبارات خالية عن اشتراط العدالة في الاب والجد والاصل يقتضيه عدم الاشتراط (قلت) قد تردد المصنف في ذلك في وصايا الكتاب وفي (الوسيلة) اشتراطها فيه وفي (الايضاح) ان الاصح انه لا ولاية للاب أو الجد ما دام قاصداً لهما ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق آمناً قبل اقراراته واخباراته على غيره مع نص القرآن على خلافه (قلت) قد حكى في نكاح التذكرة الاجماع على ولاية الفاسق في النكاح وقد يشهد هذا على خلاف ما في الايضاح فتأمل وفي (جامع المقاصد) ان الذي يقتضيه النظر ان ولايته ثابتة بمقتضى النص والاجماع واشتراط العدالة فيه لا دليل عليه والمختار يندفع بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الاحوال اختلال حال الطفل اذا كان للاب عليه ولاية عزله ومنعه من التصرف في ماله واثبات اليد عليه وأن ظهر خلافه فولايته ثابتة وأن لم يعلم حاله استعمله بالاجتهاد وتبع سلوكه وشواهد احواله واما انهما ان هذا فالولاية للوي لاحدهما فان قد الوصي فلحاكم فلا خلاف في ذلك ولاية وترتيباً ولا في كون المراد بالحاكم - ث - يطلق من يم الفقيه المأمون الجامع لشرائط الفتوى ويستفاد من بعض الاخبار ثبوت الولاية للحاكم مع قد الوصي والمؤمنين مع قد وفي (الحقائق) نسبته الى الاصحاب وفي (مجمع البرهان) الظاهر ثبوت ذلك لمن يوثق بدينه وامانه بعد تندر ذلك كله ويدل عليه قوله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن) وحكاية فعل الحضرة عليه السلام والخبر الصحيح يدل على جواز بيع مال الطفل عند عدم الوصي من غير قيد تندر الحاكم ولا شك انه أولى مع امكانه والا فالظاهر أن له ذلك كما في مال ولده ولا يبعد ذلك في المجنون والسفيه ايضاً على تقدير ثبوت حجره لعدم الفرق وللضرورة والحكاية الحضرة عليه السلام وفهم ان العلة في مال اليتيم هي الحسنى وقوله تعالى وما على المحسنين من سبيل واراد بالخبر الصحيح ما رواه محمد بن اسماعيل بن يزيد قال ان رجلاً من اصحابنا مات ولم يوصي فرغ أمره الى قاضي الكوفة فصار عبد الحميد ابن سالم القيم بماله وكان رجلاً خلف ورثة صفاراً ومتاعاً فباع عبد الحميد المتاع فلما اراد بيع الجوارى ضعف قلبه في بيعه ولم يكن الميت صير اليه وكان قيامه بأمر القاضي لانه فروج فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام فقلت جعلت فداك يموت الرجل من اصحابنا فلا يوصي الى أحد وخلف جوارى فيقيم القاضي رجلاً منا ليعين أو قال

يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهم فروج فما ترى في ذلك فقال اذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد ابن سالم فلا بأس وفي رواية سماعة قال سئل عن رجل مات وله بنون صغار وكبار من غير وصية وله خلم ومما ليك وعقار كيف يصنعون الورثة بقسمة ذلك الميراث فقال ان قام رجل ثقة فقا سبهم ذلك فلا بأس ومثله صحيحة ابن رثاب ولم نجد خلافا الا من ابن ادريس فانه قال لا يجوز لمن ليس بقبه تولى ذلك بحال وقد يظهر ذلك من المفيد والنقي حيث لم يذكر الا السلطان والفقير واما انه لا ولاية للام ولا لغيرها من الاخوة والاعمام وغيرهم فهو مما لا خلاف فيه وفي (التذكرة) الاجماع على انه لا ولاية للام وفي (مجمع البرهان) انه اجماع الامة والظاهر كما صرح به المصنف في التذكرة وجماعة ان وصي الاب لا ولاية له مع الجد لان ولايته شرعية وولاية الوصي جعلية (واما السفه) فقد قال المصنف فيما يأتي الولاية في ماله للحاكم خاصة واطلق من غير فرق بين من تجدد سفه عليه بعد بلوغه رشيدا أو بلغ سفها ونحوه في ذلك المبسوط والشرائع والارشاد والتبصرة والتحرير وغيرها وبذلك الاطلاق صرح في حبر التذكرة في أول كلامه وهذا الاطلاق ذكره في باب النكاح ايضا قال في (الشرائع) وثبت ولاية الحاكم على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله يعني بالسفه ولم يقبل الاول بقدر الاب والجد وفي (المسالك) ان اطلاق الشرائع في الحجر يشمل من تجدد سفه بعد الرشد ومن بلغ سفها وانه أشهر القولين قال ووجهه على ما اختاره يعني المحقق من توقف الحجر بالسفه على حكم الحاكم ودفعه ظاهر لكونه (١) النظر حينئذ اليه انتهى ويأتي بيان الحال فيه وفي (المفاتيح) أيضا أنه أشهر حكى ذلك في الباب الخامس في التصرف بالنيابة وفي (السعة وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة ومجمع البرهان) انه أن بلغ سفها فالولاية فيه للاب والجد ثم لو وصي أحدهما وان بلغ رشيدا ثم تجدد سفه فالولاية عليه للحاكم وقد نفى عنه اليأس في التذكرة في آخر كلامه وحكاه الشهيد عن ابن المتوج وقد صرح بذلك الشهيدان أيضا في باب النكاح ولم يذكر السفه في النافع في المقام واعلم لان حاله عنده كالمجنون بالنسبة الى المال فاكفى عنه بيان ولي المجنون (قلت) اما كون الولاية عليه للحاكم اذا بلغ رشيدا ثم تجدد سفه فما تسالم عليه المطلقون والمفصلون وقد حكى في الكفاية في مقام آخر والمفاتيح ونكاح الرياض قول بان ولاية الاب والجد تعود بعد زوالها وهذا القول لم يحكمه غير هؤلاء بل في حبر الرياض ان ظاهر المسالك والروضة وغيرهما عدم الخلاف في ان الولاية للحاكم دونها وهو كذلك ومن الغريب انه بعد ذلك قال لا يخلو هذا القول من قوة الثغاة الى ثبوتها في بحث التزويج على الاقوى مضافا الى ظهور الاجماع من التذكرة وقد عرفت ان اجماع التذكرة مستغاد من املاق ضعيف معارض بمثله فيها مضافا الى انه في المجنون لا في السفه وثبوتها لهما فيه في التزويج في محل المنع او التأمل ان صريح التذكرة الاجماع على ثبوت ولاية الحاكم على الاطلاق قال ليس له ولاية على الصغيرين ولا على من بلغ رشيدا وانما ثبت ولايته على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله اذا كان النكاح صلاحا له لا صالة انتفاء الولاية واما ثبوت ولايته على من ذكرنا فلانه وليه اجماعا فيكون وليه في النكاح (واما) ان الولاية عليه للاب أو الجد ثم لو وصي أحدهما اذا بلغ سفها ففي (مجمع البرهان) في باب البيع انه مما لا خلاف فيه ولا نزاع فيه وقد سمعت ما حكاه عن الاكثر في المسالك والمفاتيح

وما حكيناه عن التذكرة وفي (نكاح المقاتيح) انه لا خلاف في ثبوت الولاية لها على السفه والمجنون مع اتصال السفه والمجنون بالصغر وحمل هذا على خصوص النكاح دون المال كما ربما يتوهم من ذكر ذلك في باب النكاح حتى يرفع التناقض يردده ما يفهم من التذكرة والمسالك من انه لا فرق في هذا الخلاف بين المال والنكاح قال في (نكاح المسالك) واما ثبوت ولاية الحاكم على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله فملوه بأنه وليه في المال فيكون وليه في النكاح وله تصريح آخر بذلك في آخر كلامه في هذه المسئلة والمفهوم من كلام بعض الاصحاب في باب النكاح أن هذا الخلاف المنفي أو الاجماع المحكي انما هو في المجنون خاصة بمعنى انه ان بلغ مجنونا فان ولايته للاب والجد بلا خلاف وهو كذلك لان هذا الاجماع انما ادعي في المجنون ونراهم يحكون الخلاف في السفه لكنك قد سمعت ما في التذكرة في موضعين وبذلك كله يظهر ما في الرياض هنا وفي باب النكاح حيث قال وثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله بسفه أو جنون اجماعا فيما اذا اتصل الفساد بالصغر لانه مخالف لما في موضعين من التذكرة ولما حكى من كلام بعض الاصحاب ولما حكى عن الأكثر وكيف كان فقول مولانا الصادق عليه السلام في خبر هشام ابن سالم فاذا احتم ولم يؤنس منه رشدا وكان سفيا أو ضعيفا فليمسك عنه وليه يدل على ثبوت ولاية الاب أو الجد في صورة اتصال السفه بالبلوغ وهو الظاهر من قوله فان آنس منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم فان مفهومه مع عدم ائناس الرشدا لا يدفع اليه والمخطاب للاولياء حال الصغر وهم الاب والجد ومن تفرع عليهما بلا خلاف (وأما القائلون) بأن ولاية السفه للحاكم سواء تجدد سفهه بعد البلوغ رشيدا أو بلغ سفيا فقد قال في المسالك كما أسعناكه ان وجهه ظاهر على تقدير القول بتوقف الحجر بالسفه ورفضه على حكم الحاكم لكون النظر حينئذ اليه وكأنه أخذ ذلك من التذكرة حيث قال الولاية في مال السفه للحاكم سواء تجدد السفه عليه بعد بلوغه أو بلغ سفيا لان الحجر ينتقل إلى حكم الحاكم وزواله أيضا ينتقل اليه فكان النظر في ماله اليه وفي كلامهما نظر من وجهين (الاول) انه قد قال في التذكرة اذا بلغ الصبي لم يدفع اليه ماله الا بعد العلم برشده ويستديم التصرف في ماله من كان متصرفا فيه قبل بلوغه أبا كان أو جدا أو وصيا أو حاكما أو أمين حاكم فان عرف رشده انفك الحجر عنه ودفع اليه المال وهل يكفي العلم بالبلوغ والرشد في فك الحجر أم ينتقل إلى حكم الحاكم وفك القاضي الاقرب الاول لقوله جل شأنه فان آنس منهم رشدا وزوال المتقضي للحجر كالمجنون ولائه لو توقف على ذلك لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر عنهم من الحاكم ولكن عديم من أهم الاشياء الى آخره وهذا ظاهر اوضح في استمرار ولاية الاب والجد على من بلغ سفيا مع أن مذهبه كما سمعته توقف الحجر وزواله على حكم الحاكم وما ذاك الا من حيث تخصيصهم القول بالتوقف على حكم الحاكم بصورة تجدد السفه بعد البلوغ وانه لا نزاع في عدم توقف حجر السفه على حكم الحاكم اذا كان السفه متصلا بالبلوغ ويأتي في باب السفه قل الاجماع على ذلك وحينئذ فتفرع ولاية الحاكم في صورة اتصال السفه بالبلوغ على القول بتوقف الحجر وزواله على حكم الحاكم كما ذكرناه غير مديد ويتقدح من هذا أنه لا ينبغي النظر الى الدليل فانه قد يرجع الحكم عند الفقيه لأمرو ويستدل عليه بدليل غير صحيح كما يظهر ذلك لمن تتبع الخلاف والمختلف والمنتهى وغيرها ألا تراه في التذكرة كيف قال بعد استدلاله وقوله فكان النظر في ماله اليه مانصه (وقال) أحد ان بلغ الصبي سفيا كانت الولاية للاب والجد أو الوصي لهما مع عدمهما والا فالحاكم ولا بأس به كما حكيناه عنه آتفا فان هذا يدل على عدم تمام دليله

وانما يتصرف الولي بالتبطة فلو اشترى لامع التبطة لم يصح ويكون الملك باقيا للبائع والوجه ان له استيفاء القصاص والعفو على مال لا مطلقا (متن)

السابق وعدم صحة الدعوى فينبغي تأويل دليله الاول ان أمكن والا فهو رجوع كما هو الظاهر هنا وأما قوله في التذكرة الاقرب الاول فالظاهر انه لمكان خلاف بعض الشافعية (النظر الثاني) انا ان سلطنا توقف حجر السفه وزواله على حكم الحاكم فانما نمنع الملازمة اذ لا يستلزم ذلك كون الولاية له لجواز أن لا يثبت ولا يزول الا بحكمه مع كون الولاية والتصرف للاب والجد وانما التوقف لعدم معرفته وقصر نظره بخلاف الحاكم فانه المجتهد الجامع للشرائط القائم مقام صاحب عجل الله فرجه وأما المفاس فلا خلاف ولا نزاع أصلا في كون الولاية في ماله للحاكم خاصة كما طفحت به عباراتهم وأفصححت به كلماتهم في بابه وغير بابه من غير تأمل ولا حكاية خلاف قوله ﴿ وانما يتصرف الولي بالتبطة ﴾ قال في (التذكرة) الضابط في تصرف المتولي لاموال البتامة والمجانين اعتبار التبطة وكون التصرف على وجه النظر والمصلحة وظاهره انه مما لا خلاف فيه بين المسلمين وانه لا فرق في ذلك بين الاب والجد والوصي والحاكم وأمينه وقد تقدم لنا في باب الرهن نقل كلام الاصحاب في اقراض الولي لماله واقراضه ونقل الادلة على ذلك مع تمام الاستيفاء ويأتي في مطاوي المقام تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو اشترى لامع التبطة لم يصح ويكون الملك باقيا للبائع ﴾ ويكون الثمن باقيا أيضا على مال المولى عليه ونمائه له ﴿ قوله ﴾ ﴿ والوجه ان له استيفاء القصاص والعفو على مال لا مطلقا ﴾ القول بأن له استيفاء القصاص خيرة حجر التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وقصاص الارشاد والايضاح وحواشي الكتاب والمسالك والروضة والمفاتيح وفي (قصاص الكتاب والتحرير) لو قيل به كان حسنا (قلت) وجهه تسلطه على استيفاء حقوقه مع المصلحة ولما في التأخير من التعريض للضياع والمحقق في الشرائع استشكل ولم يرجح الشهيد في غاية المراد والمقدس الاردبيلي في مجمع البرهان وقال الشيخ في (الخلاف والمبسوط) ليس له استيفاء القصاص وهو خيرة الشهيد في قصاص اللمعة وفي الاول الاجماع عليه وهو أي الاجماع ظاهر الثاني ونص في المبسوط على انه يحبس حتى يبلغ الصبي أو يفيق المجنون أو يموت فيقوم وارثه مقامه ولا فرق في ذلك بين الطرف والنفس وواقعه عليه الشهيد في اللمعة لان فيه منفعة للقاتل بالعيش ولهذا بالاستيثاق والواجب على الحاكم حفظ الحقوق ولا يتم هنا الا بالحبس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وفي (قصاص الشرائع) انه أي الحبس أشد اشكالا ومنع منه في المسالك وتبعه الكاشاني وفي (غاية المراد) ان تجوز العفو على مال ثم تجوز القصاص للصغير أقوى اشكالا من التأخير والحبس وكأن هذه الاشكالات كلها ليست في محلها والشيخ استند فيما ذهب اليه الى أن الاستيفاء تفويت لا يمكن تلافيه وكل تصرف هذا شأنه لا يملكه الولي كالعفو عن القصاص فانه لا يتم ولا يسقط به القصاص اذا كمل المولى عليه وان كان على مال وكذلك الطلاق والعتق بخلاف تصرف يمكن تلافيه فانه للمولى أن يفعله كالنكاح ولذا قال في المبسوط ان للمولى العفو عن القصاص على مال لان المولى عليه اذا كمل كان له القصاص ولم يستند الى أن القصاص للتشفي وهو متف كما حكاه عنه المصنف في التذكرة وولده في الايضاح والمحقق الثاني في جامع المقاصد حتى يجاب بأنه ربما ظهرت علامات موته وان انتفاء التشفي ليس بظاهر اذا بلغ الطفل وعلم بفعل الولي ولسل ذلك هو الذي جرى المتأخرين على مخالفة

ولا يمتنع عنه الامع الضرورة كالخلاص من نفقة الكبير العاجز ولا يطلق عنه بعوض ولا غيره (متن)

الشيخ مع دعواه الاجماع على انه لو كان قد استدل بذلك لم يكن لهم المخالفة مع دعواه الاجماع لانك قد عرفت آتفا أنه قد يقوى الحكم في نفس القية لامر عنده ويستدل عليه بما لا ينهض حجة قريبا لكنه في لقطة المبسوط استند الى التشنفي وتصوير المسئلة في طفل قتلت أمه وله أب أوجد عندنا وقد طلقها أبوه عند العامة وتام الكلام في باب القصاص وليعلم أن الشيخ منع من القصاص للامام في لقطة المبسوط فيما اذا جنى على طرف القبط وكان صغيرا وجزم في لقطة الارشاد بجوازه له مع المصلحة وهو الذي قر به المصنف في لقطة الكتاب والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان ونسبه في المسالك الى الاكثر وقال في (الشرائع) لو قيل به كان حسنا ولا ترجيح في الدروس وأما انه له العفو على مال فظاهر قصاص المبسوط الاجماع عليه سواء كان الصبي في كفاية أو فقيرا لا مال له قال له ذلك عندنا لانه له القصاص اذا بلغ فلا يطل التشنفي الذي استند اليه قوم من العامة في عدم جواز العفو على مال وهو خيرة التحرير في باب القصاص وخيرة قصاص الكتاب والارشاد وجمع البرهان بشرط المصلحة لا بدونها وخيرة حجب التذكرة وجامع المقاصد مع الشرط المذكور واحتل المنع في التحرير اذا كان ذا كفاية لما فيه من تفويت حقه من غير حاجة وينبغي معرفة ما اذا أراد بالمصلحة من قيد بها فهل أراد بها أن يكون فقيرا لا كفاية له أو ما هو أعم من ذلك بحسب نظره الظاهر الثاني كما سنسمع والظاهر أنهم يقولون بأن له القصاص اذا بلغ كما سمعته في المبسوط (كما سنسمعه عن المبسوط خل) وقد جوز في لقطة التحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان للامام العفو على الدية اذا جنى على القبط ونسبه في المسالك الى الاكثر ومنع من ذلك في لقطة المبسوط والتذكرة وتام الكلام في هذا يأتي في النقطة وأما انه ليس له العفو مطلقا غير مقيد بالمال فهو خيرة قصاص الكتاب والتحرير وظاهر الايضاح لا تنفاه المصلحة واختير في حجب التذكرة وجامع المقاصد وقصاص الارشاد والروض وكذا جمع البرهان ان له ذلك مع المصلحة ويمكن فرضها بأن يكون الذي يقتص منه ذا جاه وسلطان ويحصل لطفل بسبب العفو عنه مراعاة في الخراج فلا يأخذ منه شيئا ويتوجه اليه بالترية وعلو المنزلة ولو اقتص منه حصل له منه ضرر في نفسه أو ماله أو أقاربه أو نحو ذلك مع انه لا تقع له في القصاص أصلا ومع العفو عن شيء يسقط ذلك الشيء لا غير كما اذا استحق على شخص واحد قصاص طرف ونفس وفي (التحرير وكشف اللثام) لو كان الاصلح أخذ الدية وبذلها الجاني ففي منع الولي من القصاص ان قلنا بأن له استيفاء اشكال (قلت) اذا قلنا بأن ذلك لا يسقط قصاصه اذا بلغ فلا اشكال في منعه وتام الكلام في الفصل السابع في العفو من كتاب القصاص ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يمتنع عنه الا مع الضرورة كالخلاص من نفقة الكبير العاجز ﴾ الذي لا يتنفع به في الاستخدام وغيره ولا يرغب في شرائه راغب ومشلهما اذا كان له جارية ولها أم وقيمتها مجتمعين مائة ولو افردت البنت ساوت مائتين ولا يمكن افرازهما بالبيع فلو أعتقت الام ليكثر ثمن البنت كان جائزا وله أيضا اعتاقه على مال اذا اقتضت المصلحة ذلك كأن تكون قيمة العبد مائة فيعتقه على مائتين أو يكتبه على ذلك كما قر به في التذكرة قال ولولم يكن للطفل حظ لم يصح قطعا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يطلق عنه بعوض ولا غيره ﴾ اجماعا كما في جامع المقاصد في المقام وغيره في باب الطلاق ولا فرق في ذلك بين الحاكم وغيره

ولا يعفو عن الشفعة الا لمصلحة ولا يسقط مالا في ذمة الغير وله ان يأكل بالمعروف مع فقره وان يستعفف مع الغنى والوجه انه لا يتجاوز اجرة المثل (متن)

ويدل عليه الاصل وعموم الطلاق بيد من أخذ بالساق كما في المستفيضة وخصوص المعبرة المستدل بها في الاب والجد بالمنطوق وفي الحاكم بالاولوية منها الصحيح وغيره هل يجوز طلاق الاب قال لا والفرق بينه وبين المجنون حيث حكموا بجواز طلاقه عنه ان له مدة يمكن فيها زوال المنع عن الطلاق بخلاف المجنون فتأمل والاصل فيه استفاضة النصوص المخرجة فيه عن حكم الاصل واجماع الايضاح بخلاف الصبي فلا يخرج عنه فيه فيصح طلاق الولي عن المجنون مطلقا مطبقا كان أو ادواريا خلافا للخلاف والسرائر مدعيا عليه في الخلاف الواقع مع عموم الخبر المستفيض الطلاق بيد من أخذ بالساق وهو مخصوص بما عرفت والاجماع معارض بمثله موهون بمصير الاكثر الى خلافه سلمنا لكنه خبر صحيح لا يعارض الاخبار الصحاح وغيرها مما انفجر بالشبهة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يعفو عن الشفعة الا لمصلحة ﴾ اذا باع شريكه شقعا مشفوعا كان لولي العفو والاخذ بحسب المصلحة فان عفى الولي بحكم المصلحة ثم بلغ الصبي وأراد الاخذ لم يمكن منه وكذا لو أخذ كذلك ثم بلغ وأراد رده لم يكن له ذلك كما سيأتي في باب الشفعة من دون نقل خلاف ولا اشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يسقط مالا في ذمة الغير ﴾ الا مع المصلحة كاستكفاف الظالم ببراءته منه بل له أن يرشيه لمثل ذلك ولتخليص ماله من تعويته واطلاق زرعه بل لو طمع في ماله وجب عليه أن يعطيه مالا يقدر على دفعه عن ماله الا به فان كان يقدر على دفعه بدون المدفوع ضمن ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله أن يأكل بالمعروف مع فقره وأن يستعفف مع الغنى والوجه انه لا يتجاوز اجرة المثل ﴾ ولي اليتيم القائم بأمره وجمع امواله وحفظها اما أن يكون غنيا أو فقيرا فان كان فقيرا جاز له أن يأخذ اجماعا وفي قدره خلاف كما في التذكرة وفي (التقيح) لا خلاف في جواز أخذه من بيتا ونفى عنه الريب في الكفاية والاقتصار في النافع على الوصي لأنه الغالب ولأن غيره واجب النفقة عليه فتأمل ويأتي في بيان الغني ما يعرف به وجه التامل (وأما) اذا كان غنيا فخيرة المبسوط والسرائر والنافع وكشف الرموز والتحرير واللمعة والتقيح وكنز العرفان وجامع المقاصد في موضعين منه والمسالك والروضة والمفاتيح والرياض انه يجب عليه الاستعفاف واليه مال في ايضاح النافع لظاهر الامر به في الآية الشريفة (وفي الموثق) تقييد بما اذا كان محتاجا وليس له ما يقيه لكن بعض هؤلاء قال انه يأخذ الاجرة كما منسجم وحقه أن لا يفرق في جواز الأخذ بين الغني والفقير لان محط نظره هو العمل دون الفقر كما نبه عليه في وصايا جامع المقاصد وصريح التذكرة وظاهر الوسيلة والسرائر والكتاب في موضعين انه يستحب له التعفف مع التنازل هو ظاهر النهاية والمحكي عن أبي علي لقرينة العفة الظاهرة في الجواز وفي المسالك له وجه (قلت) كأن هذه القرينة لا تقوى على صرف الامر عن ظاهره في الآية وكذا الرواية وقد نسب اليهم في التقيح أنهم يقولون بكراهية الاخذ ولعله لأنه ترك مستحب وفيه نظر ولعل مرادهم بالغني الغني الشرعي وهو القادر على قوت سنة له ولعاله الذي هو ضد الفقير الشرعي ويحتمل ارادة الغني عرفا وهذا فيمن صار المالك في يده باختياره أو صار وصيا كذلك وأما من يجعله الحاكم فيمكن أن يكون له أخذ اجرة المل وان كان غنيا ويجوز للحاكم أن يعين له ذلك اذا لم يوجد المتبرع هذا كله مع نية أخذ عوض بعمله أمالو نوى التبرع لم يكن له أخذ شيء مطلقا قطعا ولو ذهل عن القصد

فالظاهر جواز الاخذ لانه مأمور بالعمل من الشارع فيستحق عوضه ما لم يتبرع لانه عمل محترم فكان كما لو أمره مكلف بعمل له أجره في العادة فانه يستحق عليه أجره المثل ما لم ينو التبرع كما ذكره في باب الاجارة خصوصا اذا قلنا بجواز اخذ قدر الكفاية للاذن فيها من الله سبحانه من غير قيد فيشمل ما اذا نوى العوض أو لم ينو ثم ان ظاهر اطلاق أكثر العبارات عدم الفرق في جواز الاخذ بين كثرة المال وقلته وهو الموافق لاطلاق الآية وبعض الروايات لكن في بعض العبارات كعبارة النهاية والوسيلة والسرائر وغيرها استعار باشتراط الكثرة وفي الصحيح أو القريب منه فان كان المال قليلا فلا يأكل شيئا وفي الموثق وإن كانت صنيعتهم لا تشغله عما يعالج لنفسه فلا يرزأ من أموالهم شيئا اذ ظاهره اشتراط صرف العمل كله في مال اليتيم وهو يوافق القول بالاخذ قدر الكفاية ولعله بدون ذلك لانيتم فأمثل وظاهر أكثر العبارات والروايات تخصيص الحكم بالمتولي لاموال الايتام وقضيته انه لو لم يكن يتيم أو كان لكن لا ولاية له عليه بل على الثلث أو قضاء الدين مثله انه لا يستحق شيئا لكن جملة من العبارات كعبارة التذكرة في باب الوصايا والكتاب والدروس أطلق فيها الحكم وهو ان يظهر والا فلو كان وصيا على الاطفال وقضاء الدين وثالث المال وتحصيله وافاقه في وجوه البر ونحو ذلك امكن عملا المطلق بالثلث وقضاء الدين لاجرة له أو ياخذها من مال الاطفال وكلاهما محل منع أو اشكال والموافق للاعتبار التوزيع واستوضح ذلك فيما اذا كان وصيا على قضاء الدين أو الثلث وحده أو عليهما فانه لم يستحق أجره لضاع عليه العمل المحترم المأمور به من الميت والشارع الغير المتبرع به وذلك بعيد فليتأمل بل قد يدعى الاولوية لانه اذا جاز الأكل من مال اليتيم فبالأولى أن يجوز من الثلث والدين هذا واذا جعل للوصي شيئا لحق سميح جاز بلاريب كما في وصايا جامع المقاصد وفي (التقح) ان كان الجعل أجره مثله من غير زيادة صح بلا خلاف وان زاد فان خرجت الزيادة من الثلث والا اعتبرت اجازة الوارث انتهى وهو كذلك وان عين له ما هو أخص من أجره مثله لم يتجاوز عنه اذا علم ورضي به ومحل الخلاف ما اذا لم يجعل له جملا فتولى أمور الاطفال وقام بمصالحهم وقد عرفت أنهم أجمعوا على انه له أن يأخذ مع قوته شيئا وفي قدره حينئذ ثلاثة أقوال كما في كشف الرموز والمهذب البارخ والمقتصر والتتقيح وغيرها مما صرح به أو ذكر فيه توجيه أقل الامرين كما ستعرف وجعل في النافع قولان في المسئلة مع فقره وترك فيها أقل الامرين وقد حكى هذين القولين كاشف الروز في تفسيره لاجل شأنه قليلا كل بالمعروف وجعل في السرائر في أول كلامه في المسئلة مع فقره قولين قدر الكفاية وأقل الامرين منها ومن أجره المثل وفي آخر الباب جعل الاقوال ثلاثة مع الفقر أيضا وظاهر السرائر ووصايا الكتاب وغيرها ان في المسئلة مع غناه ثلاثة أقوال وفي (الايضاح) ان في المسئلة خمسة أقوال (الاول) انه أجره المثل قال وهو قول الشيخ في النهاية في باب التصرف في مال الايتام قلت يعني في آخر الباب المذكور (الثاني) ان له قدر الكفاية قال وهو قول الشيخ في النهاية قلت يعني في أول الباب المذكور (الثالث) أقل الامرين قال وهو قول الشيخ في الخلاف والبيان (الرابع) قال وقال في المبسوط اذا كان فقيرا جاز له ان يأكل من مال اليتيم أقل الامرين من كفايته وأجره مثله (الخامس) قال قال ابن ادريس يأخذ قدر الكفاية ان كان فقيرا قال فهذه خمسة أقوال (قلت) يجمعها أجره المثل مطلقا قدر الكفاية مطلقا أقلهما مطلقا ان كان فقيرا قدر الكفاية ان كان فقيرا ويلزمه قول سادس وهو أجره المثل مع الحاجة لان كان معروفا لا يكاد ينكر كما سنسمع ونحن نذكر الكتب التي اختير فيها أحد هذه الاقوال ولا ينبغي أن نعيد

ذكر ما قيد فيها أحد الأقوال بالفتور وما أطلق فيها ذلك لأنك قد عرفتها فيما سلف فالقول بأن له أجره المثل خيرة النهاية في آخر الباب كما عرفت والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والكتاب في البابين والايضاح واللمعة والمقتصر والمسالك والمفاتيح على اختلاف آرائهم في التقييد والاطلاق وجعله في كشف الرموز مقتضى النظر وعن (مجمع البيان) أنه الظاهر من روايات أصحابنا ويرد على النافع وكشف الرموز واللمعة والمسالك والمفاتيح ما أورده عليه آتفا مما حكيناه عن جامع المقاصد والقول بأن له قدر كفايته خيرة النهاية والوسيلة والسرائر وفي الأخير أنه الحق اليقين وكأنه ظاهره الراوندي وفي (كشف الرموز) أنه خيرة الشيخ وأتباعه والقول بأقل الأمرين خيرة البيان والمبسوط والخلاف على ما حكى ولم أجده في الخلاف وفي (كشف الرموز والتقييد وكنز العرفان والرياض) أنه أولى وأحسن وفي (جامع المقاصد) أنه أصح وفي (الروضة) أنه أقوى وفي (التحرير) أنه أحسن وفي (ايضاح النافع) أنه هو الذي يجب تحصيله وفي (المسالك والمفاتيح) أنه أجود وأحسن لو تحقق للكفاية معنى معروف وفي الأخير أنه مبهم جدا وفي (الكفاية) أنه لا ريب في استحقاقه أقل الأمرين مع التقر وفي الزيادة على ذلك تردد (حجة القول الأول) أن عمله محترم فلا يضيع عليه وحفظه بأجرة مثله وما رواه الشيخ في الصحيح عن هشام بن الحكم على الصحيح في علي بن السندي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام فيمن تولى مال اليتيم ماله أن يأكل منه قال ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الاجر فليأكل بقدر ذلك وقد سمعت ما حكى عن مجمع البيان من أنه الظاهر من روايات أصحابنا وقد تعرض الراوندي لأخبار الباب ولم يذكر هذا الخبر الصحيح (وحجة القول الثاني) قوله جل شأنه ومن كان قتيلا فليأكل كل المعروف والمعروف مالا أصراف فيه ولا تهير وما رواه ثقة الاسلام والشيخ عن سماعة في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله تعالى ومن كان قتيلا فليأكل كل المعروف من كان يلي شيئا لليتامى وهو محتاج إليه ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم ويؤرم في صنيعهم فليأكل بقدر ولا يسرف وما رواه في الكافي بطريق فيه سهل وفي (التهذيب) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل فليأكل كل المعروف قال المعروف هو القوت ومثله الصحيح الآخر وفي موثقة حنان له أن يصيب من لبنها من غير نهك لضرع ولا فساد لتسل ومثله المروي في تفسير العياشي ويمكن الجمع بإرجاع هذه إلى الصحيح المتقدم وكأن التكافؤ موجود لمكان ما في مجمع البيان وكثرة العاملين به أي بالصحيح وحينئذ يكون الأكل كناية عن التصرف والاخذ بأكل وبدونه وكونه بالمعروف كناية عن أجره المثل لأنها إن كانت أقل فالمعروف بين الناس إن الإنسان لا يأخذه عوض عمله من غيره زيادة عن عوضه المعروف وهو أجره مثله ومثل هذا يسمى أكلا بالمعروف والزيادة عليه أكلا بغير المعروف (والحاصل) أما أن يراد بالمعروف حينئذ المعروف عرفا أو شرعا وعلى كليهما فالمعروف في الشرع والعرف أجره عمله الذي هو حفظ الأولاد والأموال فلا يجوز له إلا ذلك المقدار فيأخذه وإن كان زائدا عما يحتاج إليه من سد الحاجة وأما احتمال أن يراد بالمعروف ما يحتاج إليه فبعد جدا لأنه كيف يجوز له أخذه مع زيادته على أجرته وإن أريد بالأكل المعنى الحقيقي كما هو ظاهر بعض هذه الأخبار وصرح خبر حنان كان المعروف فيه القوت والغالب فيه كونه أقل من الأجرة إذا كان العمل كثيرا كما سمعته آتفا فليحفظ هذا فإنه نافع في الجمع بين أخبار الباب وفتاوى الشيخ والافسا كان الشيخ في النهاية يختلف كلامه في صفحة واحدة من دون تقادم عهد فراده إن أراد أن يأخذ أجره فلا يستحق إلا أجره المثل وإن

أراد ان يأكل قليلا كل قلذ كفايته وحاجته كما أشار اليه مولانا الصادق عليه السلام في خبر حنان (قال) قال سألني عيسى بن موسى عن القِيم للإيتام في الأبل ما يحمل له منها (قلت) اذا لاط حوضها وطلب ضالتها وهما جربانها فله ان يصيب من لبنها من غير تهك لضرع ولا فساد لتسل ومثله خبر العياشي ولعله معنى ما في الصحيحين قليلا كل بالمعروف وهو القوت وهو ينطبق على ما في التبيان والخلاف والمبسوط من ان له اقل الامرين بمعنى آخر كما ستعرفه ولم يعرف ان هناك خلافا الا من ابن ادريس وتبعه بعض من تأخر من دون امان نظر ولعله لهذا لم يذكر ذلك في المختلف وظاهر التذكرة اوصريهما ان كلامي الشيخ في النهاية لا خلاف بينهما فلتلحظ وحينئذ فعند امان النظر يظهر أن لا خلاف بين أجره المثل وقدر الكفاية والأكل بالمعروف يحمل ذلك على أجره المثل لأنه المعروف عرفا وشرعا كما قدمنا أو بالفرقة بين الأكل والاخذ من غير أكل كما بينا اذ مرجحه أنه لا يأكل الا كل الحقيقي الا بمقدار الاجرة ولولا ان يكون الحق وفخر الاسلام حكيا الخلاف في ذلك لجزمنا بعدمه نعم قول الشيخ في المبسوط والخلاف والتبيان على ما حكى مخالف لقوله في النهاية لان مرجع قوله في النهاية على ما بينا أن له الاجرة سواء زادت عن قوته وقدر كفايته وحاجته أم لا وانه اذا تناول منه أكلا أو بمقدار الكفاية لا يزيد عنها والا فقد يكون العمل قليلا والقوت وقدر الكفاية كثيرا فيؤدي الى الاضرار بمال اليتيم وقد يكون المال والعمل قليلين كلين الشاة اذا حلبها فلو أكل قوته أكل اللبن كله ولعله اليه أشار مولانا الصادق عليه السلام في خبر الكناي بقوله وان كان المال قليلا فلا يأكل منه شيئا ولعل معناه أنه يأخذ أجره مثل ذلك أو ان مثل ذلك لا أجره له عرفا كما يأتي في بابيه عند بعضهم ومرجع قوله في المبسوط والتبيان الى الفرق بينهما ويمكن الجمع بحمل قوله في هذين الكتابين على الاستحباب بمعنى أنه مخير بين الأكل بمقدار قوته والاخذ لقوته بحيث لا يزيد عن الاجرة وبين الاخذ منه أجره لكن يستحب له أن يختار أقلها كما أشار الى مثل ذلك في التذكرة وبذلك يحصل الجمع ويرتفع الخلاف بين فتاوى الشيخ ولا يبعد هنا الجمع الاقل جماعة الخلاف وهو ليس بتلك المكانة من التباعد مع امكان الجمع السديد والا فلو فرقنا بينهما وحملنا الكلام على ظاهره لم يقبه ولم يظهر له حاصل في أحد تفسيري معنى الأكل لان الأكل بالمعروف وقدر الحاجة والكفاية ان أريد به الأكل الحقيقي وجعل مختصا بالولي دون عياله وكان أقل من الاجرة يلزم أن يجب الاقتصار عليه ولا يجوز له ان يأخذ بقية الاجرة ولا نجد له وجها الا أن يقال ان الكفاية حينئذ تكون حاصلة فيكون غنيا فيجب عليه الاستعفاف عن الباقي (وفي) أن المحكي من عبارة التبيان والخلاف في السرائر ليس فيها تقييد بالفقر سلمنا أن الفقر مراد بقرينة ما ذكره في السرائر من كلامه ان ذلك مع الفقر وعدم الغنى وقرينة التصريح بذلك في المبسوط لكن حصول القوت يحتاج معه الى بقية مائة السنة من نفقة وكسوة وسكن وغيرها حتى يحقق ارتفاع الفقر ان لم نشترط حصول ذلك في بقية عياله الواجب النفقة خصوصا اذا صرف عمله كله تمام سنته في مال اليتيم قد حصلت الكفاية بهذا الاعتبار مع الفقر والاضطرار فلم يكن غنيا حتى يجب عليه أن يستعفف عن بقايا أجره عمله المحترم الغير المتبرع به وأن أريد بالأكل بالمعروف وقدر الكفاية مطلقا التصرف والاخذ كما هو المراد من قوله جل شأنه (ولا تأكلوا أموالكم بينكم ولا تأكلوها أسرافا وبذرا) ونحو ذلك فيكون قوله عليه السلام في الصحيحين هو القوت تخصيص لمعنى الأكل الا انه ليس بصريح بأكله بنفسه لان الأكل يستعمل كما عرفت فيما هو اعم فالمعروف

ويجب حفظ مال الطفل واستمائه قدره لا تأكله النفقة على اشكال (متن)

من ذلك غير معروف حتى اذا كان اقل من اجرة مثله يجب الاقتصار عليه لان التصرف على هذا الوجه يختلف باختلاف الاشخاص واختلاف الحاجة الا ان تقول لو كان تصرفه وقدر كفايته بالمعروف خمسين درهما مثلا وقدر اجرة مثله مائة فانه يجب عليه الاقتصار على الخمسين ان ارتفع قدره بها وهذا معنى صحيح الا ان يدعى ان الظاهر من الآية وبعض الاخبار هو الاول (لكن) لقائل ان يقول ان الظاهر من كلام القائل هو الثاني فتأمل ولا تفعل عما ذكرناه آنفا (وكيف كان) فقد ظهرت حجة القول الثالث اعني اقل الامرين من الاجرة والكفاية مع اعتبار الفقر من ان الكفاية ان كانت اقل من الاجرة فلانه مع حصولها يكون غنيا فيجب عليه الاستغفار وان كانت اجرة المثل اقل فاما يستحق عوض عمله فلا يحمل له اخذ ما زاد ولان العمل لو كان لمكلف يستحق عليه الاجرة لم يستحق ازيد من اجرة عمله فكيف يستحق الازيد مع كون المستحق عليه يتبا وقد ناقشهم في المسالك بمثل ما ذكرناه في التريديد في معنى الأكل وكلامه في ذلك غير متع فليحظه من اراده ثم ان ما فيه وفي (المفاتيح) من انه ليس للكفاية معنى معروف مضبوط وانه مبهم جدا غير جيد لان معناها كما قدمنا ما يرتفع بها الفقر كما اشار اليه في الروضة فان كانت المسئلة خلا فيه فهذا القول اجودها جماعين الادلة ان كانت مختلفة واما القول بان فيه اقتصارا على المتيقن فيما خالف الاصل كما في الرياض فكأنه في غير محله لان اجرة العمل المحترم غير مخالفة لاصل ولا قل واما ما رواه ثقة الاسلام عن البرزطي بطريق فيه سهل قال سئلت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون في يده مال الايتام فيحتاج اليه فيمد يده فيأخذه ويتري ان يرده قال لا ينبغي له أن يأكل الا القصد ولا يسرف وان كان من نيته ان لا يرده عليهم فهو بالمنزل الذي قال الله تعالى (ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما) فبه على ضعفه واعراض الاصحاب عنه انه محمول على التقي لان وجوب رد عوضه اذا ايسر مذهب عبيدة السلماني وعطا ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالمة والشافعي في احد القولين وقد حمله بعض اصحابنا كالمقداد على الاستحباب **قوله** (ويجب حفظ مال الطفل واستمائه قدره لا تأكله النفقة على اشكال) صحة عدم الوجوب كما في جامع المقاصد وجزم في نكاح التذكرة بانه يجب عليه استمائه بحيث لا تأكله النفقة والموتن أن امكن قال ولا يجب عليها المبالغة في الاستمائه وطلب النهاية ولم يرجح ولده في الايضاح ولا الشهيد في حواشيه قال في (الايضاح) الاشكال ينشأ من انه اكتساب ولا يجب ومن انه منصوب للمصلحة وهذا من اتم المصالح ولانه مفسدة وضرر عظيم على الطفل ونصب الولي لدفعها هذا ينشأ على ان هذا هل هو مصلحة او اصلح وعلى الثاني هل يجب أم لا وقد حقق ذلك في علم الكلام أنهى (قلت) الواجب على الوصي فعل ما فيه مصلحة بمعنى دفع الضرر ولا يجب عليه الاصلح والا لوجب عليه شراء الرخيص له حيث لا يكون حتما ولا يلزم العدول الى الغالي ووجب البيع اذا طلب متاعه بزيادة وسينص المصنف على استحباب ذلك وقال في (التذكرة) يستحب له ان يفجر بمال اليتيم ويضارب به ويدفعه الى من يضارب له به ويحمل له نصيبا من الربح سواء كان الولي ابا أو جدا له أو وصيا أو حاكما أو امين حاكم وبه قال علي عليه السلام وعمر وعائشة والضحاك ولا نعلم فيه خلافا الا ما روي عن الحسن البصري كراهية ذلك لان خزته احفظ له وابعد له عن التلف

فإن تبرم الولي به فله أن يستاجر من يعمل ويستحب له البيع إذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة وكذا يستحب شراء الرخيص (متن)

انتهى وقد افاد في الخلاف عن الاستعجاب وأن كان مسوقا لغير ذلك ويدل على عدم الوجوب أيضا قول الصادق عليه السلام في خبر اسباط ابن سالم حيث مثله عن مضاربة أخيه في مال ابن أخيه الصغير الذي هو وصي له وأنه يدفع الربح لليتيم أن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم أن تلف فلا بأس به وإن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم حيث قال عليه السلام لا بأس به ولم يقل فليتجر به أو يضارب أو يجب عليه أو نحو ذلك مما يدل على الوجوب ومثله خبر أبي الربيع حيث قال له يصلح له أن يعمل به فقال عليه السلام نعم نعم يعمل به كما يعمل بمال غيره والربح بينهما نعم روى العامة عن عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من ولي يتيما له مال فليتجر به ولا يتركه حتى تأكله الصدقة وهو على ضعفه مخالف لما عليه اصحابنا إذ ليس في قدية من زكوة وجوب أو لا استعجابا نعم لو أئجر له الولي استحب قوله ﴿فإن تبرم الولي به فله أن يستاجر من يعمل﴾ برم برما فهو برم ضجر ضجرا فهو ضجر وزنا ومعنى إذا ستمه وماله ويقال أبرمه أي أمله واضجره ولعله يريد أنه إذا تبرم باستئمانه فله أن يستاجر من يعمل به ويستنبه لأن المدار على الاستئمان لكن هذا يعني عنه ما يأتي له من أن له أن يضارب به ويضعه مع عدم مناسبة الاستعجار له في الجملة ويحتمل أن يراد أنه إذا تبرم بحفظه ومباشرته فله أن يستاجر من يباشره ويعمل لحفظه وهذا يناسب ذكر الاستعجار وقوله فيما يأتي وإذا تبرع أجنبي إلى آخره لكنه يعني عنه أيضا قوله وللأب الاستئمان فيما يتولى مثله فله والأقرب في الوصي ذلك ولعله غرضه أنه إن تبرم بما يصلح له الاستئمان فيه ويستحق عليه أجرة كان له أن يستاجر (وتنقيح هذا) أي حكم الاستئمان أن للوصي الاستئمان فيما لا يقدر على مباشرته إجماعا كما في التذكرة دفعا للضرر وكذا ما يقدر عليه لكن لا يصلح مثله لمباشرته قضاء للعادة وتنزيلا للإطلاق على المعارف بين المباشرين والمعهود بينهم وأما ما يصلح لمثله أن يليه فالأولى عدم المنع وفي (التذكرة) الأولى المنع فتأمل هذا مع الإطلاق وأما مع التخصيص على الاستئمان فإنه جائز إجماعا كما في التذكرة قال ومع التخصيص على المنع لا يجوز إجماعا ولعل هذا مقيد بغير الذي لا يصلح مثله لمباشرته كما أنه مقيد قطعاً بغير الذي لا يقدر عليه قال في (جامع المقاصد) أما ما لا يقدر مثله على فعله أو لم تجر العادة بتولي مثله فإنه يجوز له الاستئمان قطعاً وهذا بإطلاقه يتناول ما ذكرنا وقد يكون قوله في التذكرة وأما مع التخصيص إلى آخره إنما لحظ فيه ما يصلح لمثله أن يليه ولعل ظاهر هذا هو الظاهر فلا يحتاج إلى التقييد وتام الكلام يأتي أنشاء الله تعالى قوله ﴿ويستحب له البيع إذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة وكذا يستحب شراء الرخيص﴾ قد أوجب عليه الأمرين في نكاح التذكرة واستثنى من الثاني ما إذا رغب الولي في شرائه لنفسه فيجوز وقال في (جامع المقاصد) في بعض النسخ عوض يستحب يجب في الموضعين وفي (حواشي) شيخنا الشهيد أنها متوجهان لتردده في الاستئمان بين الوجوب والاستعجاب فجاز كل من الأمرين هنا لأن ذلك استئمان وقال معترضا على الشهيد أن هذا القدر لا يجدي لأن ما سبق تردد وما هنا أقوى وجزم فالمخالفة ثابتة نعم (قد يقال) هو رجوع عن التردد إلى الجزم وإن قرب ما بينها (وقد يقال) في الاعتذار لنسخة الاستعجاب مع التردد

وإذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل لم يكن للأب أخذ الاجرة على اشكال وله أن يرهن ماله عند ثقة
لحاجة الطفل والمضاربة بماله وللعامل ما شرط له وهل للوصي أن يتجر بنفسه مضاربة فيه
اشكال ينشأ من أن له الدفع الى غيره فجاز لنفسه ومن أن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحق
عليه الا بعقد ولا يجوز أن يعقد الولي مضاربة مع نفسه (متن)

السابق ان الاستئمان على تقدير وجوبه لا يستدعي أزيد من مراعاة حصول زيادة لا يذهب مال
الطفل معها بالثقة أما البيع في وقت مخصوص والشراء على وجه معين فلا وعلى تقدير الوجوب أن
التردد في الاستئمان الذي يحتاج الى توجه وسعي لتحصيل النماء أما ما حصل بغير تكاف
وسعي فانه واجب لا محالة (قلت) الاعتذار ان لا يخفى حالهما على تقدير التردد السابق ثم ان الموجود
في النسخ التي رأيناها يستحب في الموضعين قال وكيف كان فتسخة الاستحباب أوجه الا في شراء الرخيص
على بعض الوجوه فان العدول عنه الى شراء الغالي لا يجوز قطعا لكن هذا كالمستغنى عنه باشتراط
المصلحة وهي متفية عن مثل هذا قلل المراد الشراء حيث لا يكون حتماً أولاً يلزم العدول الى الغالي
أو تحمل العبارة على استحباب السعي في شراء الرخيص **قوله** ﴿وإذا تبرع أجنبي بحفظ
مال الطفل لم يكن للأب أخذ الاجرة على اشكال﴾ أقوى الوجهين ان له ذلك كما في الايضاح وهو
الاصح كما في جامع المقاصد لمكان مزيد الثقة فلا تعد الاجرة ضرراً معها وثبوت ولايته بالاصالة
ولم يرجع في نكاح التذكرة وفي (الحواشي) ان الاولى أن لا يأخذ وقضية كلامهم أن لا اشكال في عدم
جواز أخذ الوصي مع تبرع الأجنبي **قوله** ﴿وله أن يرهن ماله عند ثقة لحاجة الطفل﴾ قد قدم
في بابه أنه لا خلاف فيه منّا وانما المخالف بعض الشافعية وانه قيده في المبسوط وغيره بما اذا لم يكن بيع
شيء من ماله أعود أو لم يمكن وان جماعة قالوا يجب أن يكون على يد ثقة يجوز ايداعه منه وقد أسبقنا
الكلام في المقام فليرجع اليه من أراد الوقوف عليه **قوله** ﴿والمضاربة بماله وللعامل ما شرط له﴾
قال في (التذكرة) للولي أن يتجر بمال اليتيم ويضارب به ويدفعه الى من يضارب له به ويجعل له نصيباً
من الربح ويستحب له ذلك سواء كان الولي أباً أو جداً له أو وصياً أو حاكماً أو أمين حاكم وبه قال علي
عليه السلام وعمر وعائشة والضحاك ولا نعلم فيه خلافاً الا ماروي عن الحسن البصري كراهية ذلك
لان خزنه أحفظ له وأبعد له من التلف ثم قال في مسألة أخرى ينبغي أن يتجر في المواضع الآمنة ولا
يدفعه الا لأمين ولا يفر بماله (والحاصل) ان هذا الحكم أعني المضاربة بمال الطفل يأخذونه مسلماً كما
ستمع كلامهم في ابضاعه وفيما اذا أنجر به مضاربة لنفسه **قوله** ﴿وهل للوصي أن يتجر
بنفسه مضاربة فيه اشكال ينشأ من أن له الدفع الى غيره فجاز لنفسه ومن أن الربح نماء مال اليتيم فلا
يستحق عليه الا بتمد ولا يجوز أن يعقد الولي مضاربة مع نفسه﴾ لا نجد في المسئلة اشكالا يعيابه بل
له أن يتجر كذلك كما جزم به في التذكرة وجامع المقاصد بل قد يظهر ذلك من كلام التذكرة السالف
فلا يكون فيه خلاف لانه أسند التصرف الى رأيه وهو يم ما اذا أنجر بنفسه مضاربة وما اذا ضارب
غيره وبالجملة يعم كل تصرف مع المصلحة واذا جاز الثاني لكونه منوطاً بنظره فبالأولى أن يجوز اذا
كان في يده اقرب من مقتضى الوصية وكونه أدخل في الحفظ ومبنى الوجه من الاشكال على انه لا يجوز

ويمجوز ابتضاع ماله وهو أن يدفع الى غيره والربح كله لليتيم وان يئني له عقارا أو يشتريه ولا يمجزله بيع عقاره الا للحاجة ويمجز كتابة رقيقه وعتقه على مال مع الغبطة وخطه مع عياله في النفقة وينبغي أن يحسب عليه أقل (متن)

أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه فان كان لان المقد يقتضي متعاقدين كما ذكره بعض العامة (فيه) أنه يكفي حصولها بالقوة وتأثيرهما بالاعتبار وان كان لانه لا بد من الاذن في ذلك فقد عرفت أن اسناد التصرف اليه يتناول ذلك وفي (التحرير) الاقرب أنه لا تصح المضاربة وتكون له أجرة المثل وكأن ولده والشهيد مستشكلان أيضا حيث لم يتعرضا للمسئلة وكفيا بما ذكره المصنف في وجهي الاشكال

﴿ قوله ﴾ ﴿ ويمجز ابتضاع ماله وهو أن يدفع الى غيره والربح كله لليتيم ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد مع المصلحة لان ذلك أقنع من المضاربة لانه اذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه الى من يدفع جميع ربحه الى اليتيم أولى سواء كان بأجرة أو متبرعا والبطاعة طائفة من مالك تبعها للتجارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأن يئني له عقارا ويشتريه ﴾ أما الشراء فلانه مصلحة له لانه يحصل منه الفضل ولا يفتقر الى كثير مؤنة وسلامته متيقنة والاصل باق مع الاستثناء والقرار فيه أقل من التجارة لما فيها من الاخطار وانحطاط الاسعار فان لم يكن في شرائه مصلحة اما لفضل الخراج وجور السلطان أو أشرف الموضع على البوار لم يجز (وأما) بناء عقار له واستجداد ما استهلم من الدور والمساكن فلا أنه في معنى الشراء الا أن يكون الشراء أنفع فيصرف المال اليه واذا أراد البناء على ما فيه الحظ لليتيم بناء بما هو أقنع وأبقى كالأجر والطين وان اقتضت المصلحة بالقبض قبل وبالجملة يئني على ما هو المعتاد في البلاد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يمجز له بيع عقاره الا للحاجة ﴾ كأن يكون به ضرورة الى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو مالا بد منه ولا تندفع حاجته الا بالبيع والجزئيات لا تنضبط فالمدار على الحاجة مع المصلحة وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع دارا أو عقارا ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه وحيث يمجز البيع يمجز بالنقد والنسيئة وبالعرض واذا باع الاب أو الجد وذكر أنه للحاجة ورفع الامر الى الحاكم جاز له أن يسجل على البيع ولا يكافئها اثبات الحاجة والغبطة لانها غير متهمين في حق ولدهما ولو باع الوصي أو أمين الحاكم لم يسجل الحاكم الا اذا قامت البينة على الحاجة والغبطة فاذا بلغ الصبي وادعى على الاب أو الجد بيع ماله من غير حاجة ومصلحة كان القول قولهما مع البين وعليه البينة لانه ادعى عليهما خلاف الظاهر اذ الظاهر من حالهما الشفقة وعدم البيع الا للحاجة ولو ادعى على الوصي أو الامين فالقول قوله في بيع العقار وعليهما البينة لانها مدعيان وفي غير العقار الأولى ذلك أيضا لهذا الدليل والفرق عسر الاشهاد في كل قليل وكثير يبيعه كما ذكر ذلك كله في التذكرة ويأتي قريبا ماله نفع في المقام عند قوله وقبل قول الولي في الاتفاق

﴿ قوله ﴾ ﴿ ويمجز كتابة رقيقه وعتقه على مال مع الغبطة ﴾ كما في التذكرة والتحرير وقد قدم ما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وخطه مع عياله في النفقة وينبغي أن يحسب عليه أقل ﴾ لما نزل قوله تعالى (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا) تجنب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أموال اليتامى وأفردوها عنهم فأنزل الله سبحانه وتعالى (وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لاعتكم) أي ضيق عليكم وشدد فخالطوهم في ما كوله

وجعله في المكتب بأجره أو صنعه وقرض ماله إذا خشي تلفه من غرق أو نهب وشبهه
فيأخذ عليه رهنا يحفظ قيمته (متن)

ومشروبيهم وبالحكمين المذكورين صرح في التذكرة والتحرير ومعنى ينبغي أن يحسب عليه أقل
انه يحسب أقل مما يحتاج اليه وليس بواجب لان الواجب هو أن لا يزيد عليه وينبغي للولي النظر في
حال اليتيم فان كانت الخلطة له أصلح وأرق في المودة واللين في الحيز وغير ذلك جاز له بل كان أولى
كما قال الله سبحانه وتعالى (يسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فآخوانكم) وإن
كان الافراد أرق له وأصلح أفردته ومثل عثمان بن عيسى الصادق عليه السلام عن قول الله عز وجل
(وإن تخالطوهم فآخوانكم) قال يعني اليتامى قال اذا كان الرجل على الايتام في حجره فليخرج من ماله
على قدر ما يخرج لكل انسان منهم فيخالطوهم ويأكلون جميعا ولو تعدد اليتامى واختلفوا كبيرا وصغرا
حسب على الكبير بقسطه وعلى الصغير بقسطه وقال أبو الصباح الكناي للصادق عليه السلام رأيت ان كان
يتامى صغارا وكبارا وبعضهم أعلى من بعض وبعضهم أقل من بعض ومالهم جميعا فقال عليه السلام أما
الكسوة فلي كل انسان ثمن كسوته وأما الطعام فاجعله جميعا فان الصغير يوشك أن يأكل أكثر من الكبير
ويجب على الولي الاتفاق بالمعروف ولا يجوز له التقدير عليه في العاية ولا الاسراف في النفقة بل يكون
في ذلك مقتصدا ويجري الطل على عادته وقواعد أمثاله من نظرائه فان كان من أهل الاحتشام أطعمه
وكساه ما يليق بأمثاله وإن كان من أهل الفاقة أفق عليه نفقة أمثاله ﴿ قوله ﴾ وجعله في المكتب
باجرة أو صنعة يجوز له أن يجعل الصبي في المكتب وعند معلم القرآن العزيز والآداب والحكمة وغيرها
من العلوم ان كان من أهل ذلك وله ذكاء وفطنة ومنع منه سفیان وأنكر أحمد ذلك غاية الانكار وكذا
يجوز له أن يسلمه الى معلم الصناعة اذا كانت تليق بحاله ولا تتلم من مجده اذا كان من أرباب البيوتات
وليس له أن يسلمه الى معلم السباحة الا أن يكون تعليمه فيما لا يعمره ولا يخاف عليه الغرق فيه كما نص
عليه في التذكرة ﴿ قوله ﴾ وقرض ماله اذا خشي تلفه من غرق أو نهب وشبهه فيأخذ عليه رهنا
يحفظ قيمته ﴿ كما في الشرائع وجامع الشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك وجمع
البرهان وغيرها وزيد في جامع الشرائع والمسالك الاشهاد (قلت) يتجه ذلك اذا قلنا ان أداء الدين
من الوكيل به غير استهاد تفرط فيلزم القول هنا بوجوب الاشهاد حذرا من التفريط واحتاط في الكفاية
مع ذلك بالاقرض من ثقة مع الامكان وفي (التذكرة) انه لو تمكن من الارتهان ورضي بالكفيل ضمن
وفي (الشرائع واللمعة والروضة والمسالك) كما يأتي في الكتاب انه لو تعذر الرهن في موضع الخوف
والضرورة والحاجة أقرضه من ثقة وفي بعضها من ثقة غالبا وفي (اللمعة) من الثقة العدل وقضية كلامهم
انه اذا تعذر الثقة لا يجوز الاقرض ولعل الاقرض أولى لانه مرجو الحصول في الدنيا والآخرة بخلاف
التلف من الله عز وجل الا أن نقول انه سبحانه وتعالى يثبت العوض عليه جلت عظمته فيرجح لكونه
أكثر فليحفظ هذا وفي (جامع المقاصد) لا يعد وجوب الاقرض اذا ظهرت أمارات حصول التلف واقتصر
في المبسوط على اقرضه من ثقة لي وفي (الارتداد) على الثقة من دون ذكر رهن فيها وقال المقدس الاردبيلي
اذا تعذر الرهن اكتفى بالملائة والثقة ومع التعذر يسقط ومع وجودها يحتمل تقديم الثقة ويحتمل تقديم
الى (قلت) الظاهر ممن يستقرض من أجل حظ اليتيم كما هو المروى أن لا يبدل رهنا فاستراطه مفوت

فإن تمذر أقرضه من الثقة ولا يجوز قرضه مع الأمن ولو احتاج الى قله جاز اقراضه خوفاً من الطريق وكذا لو خاف تلفه بتناول مدته ولم يتمكن من بيعه أو تعييه كتسويس الثمر وعفن الحنطة ولو أراد الولي السفر كان له اقراضه فإن تمكن من اخذ الرهن وجب والا فلا وليس للأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله والا قرب في الوصي ذلك (متن)

لهذا وقضية كلامهم جميعاً أنه لا يجوز الاقراض مع الأمن كما سيصرح به المصنف هذا و مرادهم بقوله (١) الثقة غالباً الثقة في ظاهر الحال يريدون أنهم يكتفون بظاهر أمره ولا يشترط العلم بذلك لتعذره فعبروا عن الظاهر بالغالب نظراً الى أن الظاهر يتحقق بكون المالك على حاله كونه ثقة لأن المراد كونه في أغلب أحواله ثقة والجمع بين الثقة والعدل في عبارة اللمعة تأكيداً وتفسيراً للثقة بالعدل لأن ذلك هو المعتبر شرعاً اذ لا يشترط الضبط مع احتمال الاكتفاء بالثقة العرفية فانها أعم من الشرعية ولو لم يكن لليتم حفظاً وأما قصد ارفاق المقترض لم يجوز اقراضه كما لم يجوز هبته كما صرح بذلك في التذكرة وفيها وفي المسالك وما يأتي من الكتاب ان من الخوف على مال اليتيم ما اذا خاف على حفظه من السوس وفي (جامع المقاصد) أنه كما يجوز ذلك للوصي يجوز للمالك مع عدمه وكذا يجوز لمدول المؤمنين مع عدمها ولا ضمان في موضع الجواز ونظام الكلام قدم في باب الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ فإن تمذر أقرضه من الثقة ولا يجوز قرضه مع الأمن ﴾ قد تقدم الكلام في هذين الحكمين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو احتاج الى قله جاز اقراضه خوفاً من الطريق ﴾ اذا كان للصبي مال في بلد فأراد الولي قله عن ذلك البلد الى آخر كان له اقراضه من ثقة ملي ويقصد بذلك حفظه من الغزو والسرقة وقطاع الطريق وغير ذلك والفرق بين هذه والتي قبلها ان الاقراض هناك من غير قل مع ظهور علامات الخوف والاقراض هنا للتنقل لأن الطريق مظنة السارق وغيره مع ظهور علامات الأمن اذ لا يجوز قله مع امارات الخوف ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو خاف تلفه بتناول مدته ولم يتمكن من بيعه ﴾ أي يقرضه من الثقة الملية ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو تعييه كتسويس الثمر وعفن الحنطة ﴾ هذا بالنصب عطف على تلفه أي يقرضه من الثقة الملية ان خاف تعييه وان لم يخف تلفه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أراد الولي السفر كان له اقراضه ﴾ لأن سفر الولي يعرض المال للضياع فيجوز اقراضه ولا يجوز له قله لأن الطريق مظنة المطب الا مع الحاجة وجواز القرض هنا غير مشروط بالخوف والقرض أولى من الايداع لأن الوديعة لا تضمن ولو لم يوجد المقترض الثقة الملية أودعه من ثقة أمين ذي يسار لأنه أولى من السفر به ولو أودعه من الثقة مع وجود المقترض الثقة الملية البازل للرهن فاحتمال الضمان قوي جداً لو تلف ومع عدم بذل الرهن فلا ضمان وقد يكون الايداع أنفع من الاقراض ﴿ قوله ﴾ ﴿ فإن تمكن من أخذ الرهن وحب والا فلا ﴾ أي ان تمكن من أخذ الرهن في جميع ماسلف وجب أخذه وبدونه يكون مفراطاً والا يتمكن سقط وليس الكميل كالرهن اذ لا يزيد على المرتهن الثقة الملية وقد سمعت كلام التذكرة فيما اذا تمكن من الرهن ورضي بالكفيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله والا قرب في الوصي ذلك ﴾ أما (الاول) فلأن ذلك مما جرت العادة بمثله فلا

وقبل قول الولي في الاتفاق بالمعروف على الصبي أو ماله والبيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير قريط سواء كان أبا أو غيره على أشكال وهل يصح بيع المميز وشراؤه مع اذن الولي نظر (المقصد الثاني في المجنون والسفيه) أما المجنون فهو ممنوع من التصرفات أجمع المالية وغيرها وأمره إلى الأب والجدة له وإن علا فإن قيدا فالوصي فإن فقد فالحاكم وللولي التصرف في ماله بالنبذة (متن)

بعد مقصرا وقد تقدم الكلام في ذلك وفي (نكاح التذكرة) يجوز للأب أن ينصب عن ولده قيدا لحفظ ماله واستماته وحراسته بأجرة المثل (وأما الثاني) فإنه قائم مقام الأب فيجوز له ما يجوز له ولما قلنا من جريان العادة بالاستنباط في مثله وهو الأصح كما في جامع المقاصد والأقوى كما في الإيضاح ويحتمل عدمه لاصالة عدمه قوله **قوله** **﴿** وقبل قول الولي في الاتفاق بالمعروف على الصبي أو ماله والبيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير قريط سواء كان أبا أو غيره على أشكال **﴾** إذا ادعى الأب أو الجد أو الوصي الاتفاق بالمعروف على الصبي أو على عقاره أو ماله أو دوابه إن كان ذا دواب كان القول قوله كما في وكالة الشرائع والتذكرة والتحرير والكتاب وجامع المقاصد والمسالك والإكفاية وفي (الإيضاح) أنه لا شك في ذلك لسر إقامة البيئة في كل وقت على الاتفاق وعسر ضبطه ولا في أن القول قوله في التلف من غير قريط للأصل ولأنه أقوى من الودعي ومنه ما إذا ادعى أن ظالما قهره عليه وأخذه وأما إذا ادعى الأب أو الجد القرض أو البيع للمصلحة فالقول قولهما إذا الظاهر منهما الشقة وعدم البيع إلا للحاجة والمصلحة وفي (الإيضاح) أنه لا شك في ذلك أيضا وظاهر حواشي الكتاب وجامع المقاصد أنه لا إشكال فيه وظاهرهم يشمل ما إذا كان المبيع عقارا وهو كذلك كما تقدم وأما الوصي وأمين الحاكم فهي (التذكرة) أنه لا يقبل قولهما في بيع العقار إلا مع البيئة وفي غير العقار إن الأولى ذلك وقد استشكل هنا لصحة تصرفات المسلم المالك لذلك التصرف ولأنه موضوع لفعل ما يستفاد أنه مصلحة فيرجع إليه ولا يكلف إقامة البيئة عليه ولأن دعواه صلاح التصرف دعوى عدم التعدي وهو الأصل والقول قوله فيه ومن أصالة بقاء الملك على مالكه إلى أن ثبت الناقل وأصالة عدم الحاجة إلى البيع وعدم خفاء المصالح والأول أقوى كما في الإيضاح وجامع المقاصد وهو الظاهر من حواشي الكتاب وقد قالوا في باب الوكالة أنه لا يقبل قول الأب والجدة له والوصي والحاكم وأمينه في تسليم المال لو أنكر الصبي بعد رشده تسليم المال إليه وكذلك الوصي صرح به في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وكذا الكفاية ونظام الكلام هناك **قوله** **﴿** وهل يصح بيع المميز وشراؤه مع اذن الولي نظر **﴾** الوجه أنه لا يصح كما في التذكرة والأصح كما في جامع المقاصد وقد تقدم الكلام فيه عند قوله وفي صحة المقد حينئذ إشكال **﴿** الفصل الثاني في المجنون والسفيه **﴾** **قوله** **﴿** أما المجنون فهو ممنوع من التصرفات أجمع المالية وغيرها **﴾** قال في (التذكرة) لا خلاف بين علمائنا كافة في الحجر على المجنون إدام مجنونا وأنه لا ينفذ شيء من تصرفاته لسلب أهليته عن ذلك والحديث المشهور يدل عليه **قوله** **﴿** وأمره إلى الأب والجدة له وإن علا فإن قيدا فالوصي فإن فقد فالحاكم **﴾** قد تقدم فيه الكلام مستوفى أكمل استيفاء **قوله** **﴿** وللولي التصرف في

وحكمه حكم الصبي فيما تقدم الا الطلاق فان للولي ان يطلق عنه والا البيع فانه لا ينفذ ولو اذن له الولي وله ان يزوجه مع الحاجة لا بدونها وأما السفية فهو الذي يصرف امواله في غير الوجه الملائم لافعال العقلاء (متن)

ماله بالنبذة ﴿ هذا مما لا شك فيه ﴾ قوله ﴿ وحكمه حكم الصبي فيما تقدم الا الطلاق فان للولي ان يطلق عنه ﴾ قد تقدم الكلام فيه أيضا عند الكلام على طلاق الصبي ﴿ قوله ﴾ (والا البيع فانه لا ينفذ ولو اذن له الولي) وقد تقدم منه في الصبي ان في صحة بيعه نظرا والفرق ان المجنون كغير المميز فلا أثر لبيارته ولا قصد ﴿ قوله ﴾ (وله ان يزوجه مع الحاجة لا بدونها) الذي اعتراه الجنون اما ذكر أو أنثى وكل منهما اما صغير أو كبير فالجنون الكبير لا يزوج الا أن تدعوا الحاجة اليه لما فيه من لزوم المهر والنفقة عليه وتظهر الحاجة اذا ظن شفاؤه بالنكاح أو رغب في النساء وتطلق بهن وطلب منهن أو احتاج الى امرأة تخدمه وكانت موثقتها أخف من شذاء أمة فتستأجر الزوجة أولا لئلا ترجع عن الوعد فان ذلك ليس واجبا عليها ويكون القابل الاب أو الجد أو السلطان على ما مر في بيان حال الولاية عليه ولا يزوج الا واحدة اذا اندفعت الحاجة بها وان كان صغيرا جاز للاب والجدان يزوجه مع المصلحة كما في التذكرة وقضية اطلاق عبارة الكتاب انه لا بد من الحاجة وليس لغيرهما ذلك حتى السلطان اجماعا كما في نكاح التذكرة (وأما المجنونة) فلا يزوها الا الاب او الجد له ولا فرق بين أن تكون صغيرة أو كبيرة بكرا أو ثيبا عندنا كما في نكاح التذكرة هذا اذا اتصل وأما اذا انفرد فقد تقدم الاجماع من التذكرة أيضا ان الولاية لهما كم ولا يشترط في تزويجها ظهور الحاجة بل يكفي ظهور المصلحة بخلاف المجنون لأنها تستفيد من النكاح النفقة والمهر والمجنون يفرمها ولو دعت الحاجة الى تزويجها فأولى بالجواز بل ربما وجب ولم يكن لها أب ولا جد فان كانت صغيرة فأكثر علمائنا كما في (التذكرة) على انها لا تزوج لانه لا حاجة لها في الحال وغير الاب والجد لا يملك الاجبار وان كانت بالغة زوجها الحاكم والمجنون المتقطع جنونه لا يجوز تزويجه الا أن يفيق فيأذن ويشترط وقوع العقد حال الافاقة ﴿ قوله ﴾ (وأما السفية فهو الذي يصرف امواله في غير الوجه الملائم لافعال العقلاء) هذا التعريف قد طفت به عباراتهم بهذا اللفظ ونحوه كقولهم الذي يصرف امواله في غير الأغراض الصحيحة وقولهم المبدل لامواله في غير الأغراض الصحيحة وغير ذلك والسفيه يقابل الرشيد ولما عرف المصنف الرشيد بأنه كيفية نفسانية تمنع من افساد المال وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء كما تقدم الكلام فيه مسبقا مشبعا كان السفه عبارة عن الملكية التي يترتب عليها اضرار تلك الامور فلا يقدح الغلط في بعض الاحيان والانخداع نادرا لان ذلك لا ينافي الملكية وصرف المال في المحرمات وتضييعه مثل القائه في البحر سفه باجماع الأمة كما يفهم من التذكرة وكذا صرفه في الأطعمة والأشربة والأكسية الغير اللائقة بحاله بحيث يعاب عليه ذلك عرفا وغالبا قال في (التذكرة) الفاسق اذا كان ينفق امواله في المعاصي ويتوصل بها الى الفساد فهو غير رشيد ولا تدفع اليه امواله اجماعا وان كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكاة دفع اليه ماله أي عند من لم يشترط العدالة والظاهر أن مراده بهذا الاجماع اجماع الأمة كما يعرف ذلك من تتبع كلامه والظاهر علم اختصاصه بالابتداء فان الرشيد شرط دائما ويرشد اليه قوله في موضع آخر منها ونحن لما ذهبنا الى أن الفسق لا يوجب الحجر

ويمنع من التصرفات المالية وان ناسبت افعال العقلاء كالبيع والشراء بالعين أو الذمة والوقف والهبة والاقرار بالدين أو العين والعق والتكاح فان عقد لم يعض (متن)

وانه لا يشترط في الرشد العدالة لم يثبت الحجر عندنا بطريان الفسق ما لم ينضم اليه تضييع المال في المحارم وغيرها وهذا لا يمكن تخصيصه بالابتداء كما هو ظاهر غيره أيضا وقال في (التذكرة) أيضا لو طرأ الفسق الذي لا يتضمن تضييع المال ولا تبذيره فانه لا يحجر عليه اجماعا وقضيته أن الذي يتضمن ذلك يوجب التحجير عليه من غير تخصيص بالابتداء وفي (التحرير) ان امتلزم فسقه التبذير كشراء الحر وآلات اللهو والنقعة على الفاسق لا يسلم اليه شيء لتبذيره ولعله أراد النقعة على الفاسق فيما فسق فيه والا فهو مشكل جدا (وكيف كان) يرد الاشكال العظيم الذي أورده المقدس الاردبيلي قال انه قلما يخلوا عن ذلك الانسان فانهم يشتركون مالا يجوز ويستعملون الربا ويمطون الاموال للمغني والملاعب بالمحرم والى من يأخذ من الناس الاموال قهرا خصوصا المحكام والظلمة فيلزم أن يكونوا سفهاء لا تجوز معاملتهم ومنا كحتهم وأخذ عطاياهم وزكوتهم وخمسهم فانهم سفهاء باجماع الامة كما فهمناه من التذكرة مع أنهم صرحوا وأطلقوا مما ملاتهم ومنا كحتهم وقبول جوائزهم وقالوا بكراعتها بل يمكن أن يقال أن صرفه في الغيب بأن يعمل خيرا وفي الخشب بأن يعمل صنما ونحو ذلك صرف في المحرم فيكون فاعله سفيا لا تجوز معاملته ومنا كحتهم مع أنهم جوزوا ذلك وقالوا بكراعتها ولا شك أن صرفه ولو كان قليلا من الاطعام للربا والسعة وغير ذلك من الاغراض الغير الصحيحة شرعا حرام فيكون موجبا للسفه ومن الذي يخلو عنه من أرباب الاموال فيلزم عدم جواز أخذ العطية بل الزكوة والخمس منهم فتأمل وبالجملة الثبوت عنه متمسك جدا فانه لو لم يعامل السفه فانه يعامل من يعامله وبصعب ذلك أيضا أنهم قالوا ان الرشد شرط فلا بد من تحققه ليعمل بالمسروط فن جاء الى سوق كفف بعرف ذلك بل كيف يعرف حصول الرشد الابتدائي الذي هو شرط بالاجماع فالظاهر أنهم يبنون على الظاهر ويتركون الاصل فان ظاهر حال الانسان انه لم يفعل حراما ولا يصرف ماله فيه ولعل هذا المقدار كاف للعلم بالرشد المطلوب في جواز المعاملة والمنا كحة ولهذا ما تقل الامتناع والتفحص عنهم عليهم السلام ولا عن احد من العلماء المتدينين ويكون الاختبار الابتدائي لتسليم المال للنص والاجماع (قلت) هذا لا يجدي فيمن يعلم صرفهم المال في المحرمات كالظلمة والحكم وصانم الخمر وعامل الصنم فكيف يصح البناء على الظاهر من حال المسلم مع العلم بخلافه ولعلمهم بخصصون السفه بما اذا لم يكن له غرض صحيح في نظر اهل الدنيا كما اشار هو اليه وتقدم منا التنبيه عليه في حال الصرف للربا وهذا ايضا لا يجدي بعد اجماعهم على ان صرفه في المعاصي تبذير ولا جواب الا بان يقال ان السفه التي تحرم معاملته ومنا كحته هو من حجر عليه الحاكم لا غير كما سيتضح لديك ~~سبحه~~ قوله ~~سبحه~~ ويمنع من التصرفات المالية وان ناسبت افعال العقلاء كالبيع والشراء بالعين أو الذمة والوقف والهبة والاقرار بالدين أو العين والعق والتكاح فان عقد لم يعض (يمنع السفه بعد ثبوت الحجر عليه بمجرد ظهور سفهه أو بشرط حكم الحاكم به على الخلاف الآتي من التصرفات المالية ما ذكره وغيره ولا فرق بين ما ناسب افعال العقلاء وغيره ولا بين الذكر والاثني وان عقد لم يعض الا مع اجازة الولي على القول بالفضولي وذلك كله قضية اطلاق كلام جماعة وبه صرح آخرون وفي (مجمع البرهان) ان وجه منعه من التصرفات المالية لنفسه من دون الولي مطلقا مع اصابة المصلحة والربح أم لا الاجماع

ظاهراً وقد تعرض لعلم الفرق بين الذكر والاثني المحقق الثاني والشهيد الثاني وهو كذلك بل الاثني أشد اذهي الى نقصان العقل والانخداع أقرب ومن ثم ذهب بعض العامة الى بقاء الحجر عليها وان بلغت رشيدة ولا يفرق في ذلك بين النكاح وغيره لأن الزوجة تجعل البضع في مقابلة الصداق فهو تصرف مالي من طرفها اذ البضع ملحق بالأشياء المتقومة ولهذا لو أنكحت نفسها بدون مهر المثل لا يصح بل الولي لا يصح منه ذلك والحال في الزوج ظاهر لأنه يراد منه الصداق والنفقة لكن قال في نكاح الكتاب أن السفية اذا كان به ضرورة الى النكاح وتقدر الحاكم والولي فانه يجوز أن يتزوج واحدة لا أزيد بمهر المثل وفي (نكاح التذكرة) أنه لو نكح السفية بغير إذن الولي مع حاجته اليه وطلبه من الولي فلم يزوجه قال الشيخ رحمه الله تعالى الاقوى الصحة لأن الحق تعين له فاذا تعذر عليه أن يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه كمن له حق عند غيره فمنعه وتقدر عليه أن يصل اليه كان له أن يستوفيه بنفسه بغير رضى المديون وحكى عن أحد وجهي بعض الشافعية أن النكاح يبطل ولا حد ولا مهر وعن بعض أن لها مهر المثل وعن بعض أن لها اقل ما يتمول رعاية لحق السفية ووفاء لحق العقد اذ به يتميز عن السفاح ولم يرجح شيئاً ولعل الاقوى ما قاله الشيخ قدس سره وتام الكلام في البيع والاقرار يأتي عند تعرض المصنف لذلك وقد اسبقنا الكلام في نفوذ وصيته في باب الوصايا وقلنا أن الاقوى عدم النفوذ وهل يتوقف على حكم الحاكم أو يكفي ظهور السفه الاقرب الاول ولا يزول الا بحكمه اختلف الاصحاب في المسئلة على اقوال ولا بد من تحرير محل النزاع لانه قد استنبه على بعض الاخباريين فتكلم على الفضلاء والمحققين بما لا يليق ومحل النزاع انما هو ما اذا حدث السفه بعد بلوغه رشيدا والا فلو كان متصلاً بالصغر فانه يحكم بالحجر عليه بمجرد السفه ولا يتوقف على حكم الحاكم وكذا حجر الصبي يزول عنه بلوغه رشيدا ولا يحتاج الى حكم الحاكم وما الصبي الا كالمجنون فانه يحجر عليه مجنوناً ويزول عنه بمجرد الافاقة وقد استظهر في النزاع في المقامين في موضعين من مجمع البرهان واستظهر الاجماع على ذلك من الشهيد في أحد المقامين وظاهر التذكرة ان زوال الحجر عنه يلوغه رشيدا من دون حكم الحاكم ضروري قال لانه لو توقف على ذلك لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر عنهم من الحاكم ولما كان عندهم من اهم الاشياء وفي (المبسوط والتحرير) جعل النزاع في غير الصبي قال في (المبسوط) واما حجر الصبي فانه يزول يلوغه ولا يحتاج الى حكم حاكم وفي الناس من قال لا بد فيه من حكم الحاكم وهو خلاف الاجماع انتهى وقال في (التذكرة) اذا بلغ الصبي لم يدفع اليه ماله الا بعد العلم برشده ويستديم التصرف في ماله من كان متصرفاً فيه قبل بلوغه ابا كان أو جداً أو وصياً أو حاكماً أو أمين حاكم فان علم رشده افك الحجر ودفع المال وهل يكفي العلم بالبلوغ والرشد في فك الحجر ام يفتر الى حكم الحاكم الاقرب الاول فلم يسأل عن الاول لانه محل وفاق عند الامة ومثل عن الثاني لمكان الخلاف الضعيف من بعض الشافعية كما تقدم منا التنبيه على ذلك نعم يظهر من نكاح التذكرة ان النزاع عام فليحفظ (اذا تمهدهذا) فاعلم ان ما اختاره المصنف هنا خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة ومجمع البرهان وكذا شرح الارشاد لفخر الاسلام وكأنه ظاهر الغنية وكأنه مال اليه في غاية المراد وحكى القدس الاردبيلي عن المحقق الثاني انه المشهور (قلت) قد صرح بذلك في تعليق الارشاد قال المشهور توقف الحجر على حكم الحاكم فيقوى حينئذ توقف ازالته عليه أنهى وهذا القول ذكره في المبسوط ولم يشر الى خلاف منا ولا من العامة والحاصل ان الاقوال الاخر حادثة وبعضها لا يعرف

قائله والذي جرى المتأخرين على المخالفة ضعف ما ذكر في دليله كقولهم ان المسئلة اجتهادية لوقوع الاختلاف في بعض ما يمد فله سفيها لان هذا جوابه أن الكلام انما هو حيث تقطع بالامرين وقولهم لمخالفة قول كل منهما الاصل فيقتصر على المتيقن لانه يجاب عن هذا ايضا بان الاصل يقطعه الدليل وهو ظاهر قوله تبارك وتعالى فان آنسم منهم رشنا قادفوا اليهم أموالهم حيث علق الامر بالدفع على ائناس الرشد فلو توقف معه على امر آخر لم يكن الشرط صحيحا ومفهوم الشرط حجة والمفهوم هنا أن مع عدم الايناس لا يدفع اليهم فدل على ان وجود السفه وزواله كافيان في اثبات الحجر ورفع السفه لان السفه والرشد متقابلان وظاهر قوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها اثبت عليه الولاية بمجرد السفه من غير اشعار بذكر حاكم ولا ابتداء حال لان معناه على ما ذكره المفسرون من العامة والخاصة سفيها محجورا عليه لتبذيره وجهله في التصرف أو ضعيفا أي صيا أو شيئا مختلا أولا يستطيع أن يعمل هو بنفسه لحرس أو جهل باللغة فليسل وليه الذي يلي أمره فتوقفها على أمر خارج يحتاج الى دليل وأنت خير بان مورد الآية الاولى انما هو الحجر على الصبي ابتداء وأيناس الرشد شرط في زوال الحجر عن الصبي ابتداء وهو غير محل النزاع فلا يلزم كونه شرطا في السفه بعد زوال الحجر عنه (وأما) الآية قد قيل أن المراد بالسفيه فيها الجاهل بالأملاء وقيل الطفل وقيل الاحق قال في (مجمع البرهان) (البيان خ ل) ويحتمل كونه في الابتداء والمحجور عليه بحكم الحاكم ولهذا قال في الكشف المحجور عليه فمع هذه الاقوال لا تهض دليلا وما الاستدلال بهذه الآية الشريفة الا كاستدلال بأن العلة السفه لان تعليق الحكم على المستق يفيد العلية لمكان تبادرها ووجود العلة يستلزم وجود المعلول وبأنه أن جاز التصرف مع عدم حكم الحاكم لم يكن الرشد شرطا وهو باطل بالآية وان لم يجر فالملطوب وبأن اشتراط جواز التصرف بالرشد يقضي بأن زوال الشرط يستلزم زوال المشروط ويدفع ذلك كله ان مبدأ الخلاف لم يعرف صريحا الا من الشهيد في اللمعة في الثبوت والا قد وافق على توقف الزوال على حكم الحاكم وهي آخر ما ضعف مضافا الى دعوى المحقق الثاني ان هذا القول هو المشهور وهذان بعضان الاصل وادلة تسلط الناس على أموالهم عقلا وتقالا وأدلة صحة التصرفات الشاملة لتصرفاته التي فعلها في زمن سفيه قبل التحجير وصدقها عليها وأنه لو كان مجرد السفه حجرا لعمت البلوى والبلية اذا اكثر الناس سفيها كما قد متا يانه وخصوصا اذا اعتبرنا المدالة في الرشد وخصوصا ما اذا اعتبرنا ما اعتبره جماعة من اصلاح المال والاكتساب ونحصيل المعلوم وفي بعض هذا بلاغ وليس لكم دليل من كتاب وسنة دال صريحا الا على استصحاب السفه الى أن يرشد واما الحادث بمده فلا وكيف يوجد دليل على ما قضت الضرورة بخلافه والا لم تكن التريفة سهلة سمحاء (والحاصل) انه لا جواب ولا مناص عما أورده المقدس الاردبيلي آفا الا بهذا القول فلا مناص عنه ولو تنبه المتأخرون المخالفون أو المرددون لهذا الخطب العظيم ماعدلوا عن هذا القول ولا تأملوا فيه على انا نحيب عما ذكر من الادلة اذ مرجع الشرطية والعلية الى ان منصوص العلة حجة واقصاه الظهور والظاهر يعمل عنه لهذه الادلة (وعساك تقول) أن عبارات الاصحاب في اكثر الابواب كالبيع والاجارة والوقف والوصية والهبة وغيرها مشحونة باشتراط الرشد كاشتراط البلوغ والعقل ويعد حملها على ان السفه مانع مع حكم الحاكم أو السفه والرشد ابتداء لانهم يطلقون ويفرعون عليه الفروع الكثيرة بحيث يفهم عدم النزاع في ذلك (قلت) هذه مسئلة اصولية وهو أن مثل هذه الاطلاقات التي ليست مسوقة لبيان الحكم

فان اشترى بمد الحجر فهو باطل ويسترد البائع سلمته ان وجدها والا فهي ضائعة ان قبضها بأذنه عالما كان البائع أو جاهلا وان فك حجره (متن)

لا يصح الاستدلال بها كما هو الشأن في اطلاقات الرهن مع عدم التعرض فيها لقبض مع أنه شرط فيه على المعروف عند اكتم (والحاصل) أن هذا حكم مخالف للعقل والنقل كتابا وستة واجامعا فيقتصر فيه على محل اليقين والوفاق وهو في الابتداء وتسليم المال أو حكم الحاكم ولا يخرج عن ذلك الا بأدلة قاهرة وبما ذكرنا ظهرت أدلة القول الثاني وهو ثبوته بظهور السفه وانتفاؤه بانتفائه حيث يقطع بالامرين وهو خيرة جامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية والمفاتيح والرياض بلفظ الاصح في الاول والاقوى في الروضة والمسالك والاقرب في الكفاية وغيرها ومفهوم ذلك أن الاول صحيح وقوي وقريب فلم يقدموا على المخالفة كما ترى وفي (تعليق الارشاد) أنه قوي والقول الثالث ما اختاره في المسئلة من ثبوته بمجرد السفه وتوقف زواله على حكم الحاكم ووجهه يعرف مما مر من أن مقتضى الحجر هو السفه في الاول فيجب تحققه بيقينه ولان زوال السفه ينتقل الى الاجتهاد وقيام الامارات لانه أمر خفي فينبط بنظر الحاكم في الثاني (وفيه) اما اذا قطعنا بزواله زال الحجر وقد يسر اعلام الحاكم فيلزم الضرر بالمنع من تصرفه في ماله مع عدم السفه فتأمل والقول الرابع هو ما اعترف جماعة بعدم معرفة قائله وهو توقف ثبوته على حكم الحاكم وزواله بزوال السفه وقال في (جامع المقاصد) انه يظهر من كلام الشهيد في غاية المراد ولم يكن هذا الظهور من الكتاب المذكور بمكانة منه ووجهه ان حكم الحاكم كان مشروطا بوجوده فلما عدم السفه امتنع ثبوت الحجر اذ يتمتع بقاؤه من دون الشرط خصوصا على القول بأن البقاء يحتاج الى علة وان علة البقاء علة الحدوث ولعله أظهر مما في القصة ومنه يعرف حال ما في الارشاد كما سنسنع وجزم في التحرير بثوقه على حكم الحاكم وتوقف في زواله وعكس في الارشاد فتوقف في ثبوته على حكم الحاكم وجزم في زواله من دونه ولم يرجح فخر الاسلام في الايضاح والشهيد في حواشيه وقد عرفت الحال فيمن يتولى ماله فيما تقدم بما لا مزيد عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اشترى بمد الحجر فهو باطل ﴾ هذا مما لا أجد فيه مخالفا وهو وان لم يصرح به في المبسوط لكنه قضية كلامه في فروع المسئلة وفي (مجمع البرهان) لاشك في بطلان البيع عالما كان أو جاهلا قال بل يمكن نحرим أصل المعاملة وبمجرد ايقاع صورة البيع والشراء معه (قلت) من صحيح الفضولي بالاجازة صححه باجازة الولي فالبطالان ليس على حقيقته وليس بأسوا من بيع القاصب فتأمل ويأتي كلام الشيخ وابن البراج حيث منما من جواز بيع السفه باذن الولي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويسترد البائع سلمته ان وجدها ﴾ هذا مما اتفقت عليه عبارات من تعرض له ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فهي ضائعة ان قبضها بأذنه عالما كان البائع أو جاهلا وان فك حجره ﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وكذا الشرائع والارتداد لانهما لم يصرح فيهما بالجاهل لكن اطلاقهما يشمل في (الكفاية) انه أشهر ووجهه أن تسليطه للغير على اتلاف ماله قبل اختبار حاله وعلمه بأن العرض المبذول منه ثابت أو لا تصيب لئلا ولا فرق بين بقاء حجره وفكه لعدم الزوم في وقت الاتلاف فلا يلزم بمد الفك قول المصنف وغيره وان فك حجره وصلى وحكى في التذكرة بعد ذلك عن بعض الشافعية انه اذا أنلفه بنفسه ضمن بمد رفع الحجر عنه وقال لا بأس به وخص في القصة ضياعها وعدم

وكذا لو اقترض وأتلف المال لو أذن له صح ان عين والا فلتو وكذا لو باع فأجاز الولي ولو أتلف ما أودع قبل الحجر أو غصب بعده أو أتلف مال غيره مطلقا ضمن (متن)

ضمانها بالعامل العالم ونص في الروضة على انه لو كان جاهلا بحاله كان له الرجوع مطلقا لعدم تقصيره وتأمل في مجمع البرهان مع الجبل خصوصا اذا لم يكن مقصرا في التفحص ثم تأمل في صورة العلم أيضا لانه صار سفيا أيضا ثم استظهر عدم الضمان ثم قال الذي يخلج في صدري ضمانه مع علمه أي السفية بعدم صحة هذا العقد وعدم صحة التسلط الا أن يكون المسلم اليه عالما وقبضه اياه فتأمل (قلت) هو جيد كما سنسمع وقضية كلام الكتاب والشرائع انه ان كان قبضه بغير اذن المالك رجع به كما هو صريح المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك واستحسنه في الروضة لانه يلحق بغيره من القبض عدوانا وقد جعله في الروضة قولنا ثالثا مقابلا لقولين الاولين وليس كذلك بل لم يخالف فيه أحد منا ولا من العامة وفي (مجمع البرهان) ان الظاهر عدم الضمان سواء كان قبضه اياه أو قبضه بنفسه لانه بالعقد المملك والمسلط على تملكه ضيعه المالك هو بنفسه (وفيه) انه لا تفرط من المالك وانما صدر منه مجرد العقد الفاسد الذي لا يترتب عليه حكم هنا والصبي والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه أولى **قوله** ﴿ وكذا لو اقترض وأتلف المال ﴾ كما نص عليه في المبسوط وغيره لان الاقراض تسليط على الاتلاف وكذا كل ما يتضمن التسليط على الاتلاف وحكم الصبي والمجنون حكم السفية في وجوب الضمان عليهما اذا أتلفا مال غيرهما بغير اذنه أو غصبا فتل في أيديهما وانقضاء الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه كالبيع والقرض **قوله** ﴿ لو أذن له صح ان عين والا فلتو ﴾ أي اذا أذن له الولي في التصرف صح ان عين نوعا منه وقدر العوض كأن قال له بع الشيء الفلاني بكذا أو انكح فلانة بكذا أما صحة اذنه في النكاح فما لا خلاف فيها كما يظهر من نكاح التذكرة ولعله كذلك لان الشيخ والقاضي موافقان فيه وأما في البيع فهو خيرة الشرائع وحجر التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلامه في التحرير والارشاد لانه صحح فيها اجازته لما باعه وكذا مجمع البرهان والوجه في ذلك ان المانع ليس الا خوف المحذور من اتلاف المال وهو مندفع بالتعيين ومعلوم أن اعتبار اذن الولي مشروط بالمصلحة كتصرفه بل أولى والمخالف الشيخ في المبسوط والقاضي وحكاه في المسالك عن جماعة ولم نجد غير هذين وكأنه في نكاح التذكرة مال اليه ووجهه أن البيع يخالف حكمه ساعة فساعة لان السوق قد يزيد وقد ينقص بدخول الجلب وانقطاعه فانقرض الى عقد الولي لاحتياطه في ذلك بخلاف النكاح ولا المقصود من البيع المال وهو محجور عليه وليس المقصود من النكاح المال فاقترقا وهو كما ترى وأما انه اذا أطلق كان لقوا لانه لو صح فأت القرض من الحجر عليه **قوله** ﴿ وكذا لو باع فأجاز الولي ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لما عرفت من انه بالغ عاقل وخوف الاتلاف متف هنا كما أن محذور اختلاف السوق أيضا متف ولعله لهذا ترك التصريح بالاذن في التحرير والارشاد وصرح بالاجازة فيها فتأمل **قوله** ﴿ ولو أتلف ما أودع قبل الحجر أو غصب بعده أو أتلف مال غيره مطلقا ضمن ﴾ مفهوم قوله قبل الحجر ان ما أودعه بعد الحجر لا يضمنه بالاتلاف وهو الذي فهمه منه في المسالك فهنا حكمان (الاول) انه لو أتلف السفية بعد الحجر ما أودعه قبل الحجر ضمن اذ لا تسليط على الاتلاف هنا من

المالك ولا تعريض للاتلاف لكونه حينئذ غير محجور عليه فيضمن لان اتلاف مال الغير سبب في الضمان وكأنه مما لا خلاف فيه كما هو قضية كلامهم فيما ستسمع (الثاني) اذا أتلّف ما أودعه بعد الحجر لا يضمنه كما هو خيرة الشرائع والارشاد لان المودع فرط باعطائه وقد نهى الله سبحانه عن ذلك بقوله جل شأنه (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) فيكون بمنزلة من ألقى ماله في البحر واختير في التذكرة وجامع المقاصد والمساك والروضة ومجمع البرهان انه يضمن لان المالك لم يسلطه على الاتلاف وانما أمره بالحفظ قد حصل منه الاتلاف بغير اختيار المالك كما لو غصب والحال ان السفه بالغ عاقل والاصل عصمة مال الغير ومن الامور المستبعدة تضيئه بالنصب وعدم تضيئه بالاتلاف للوديعة مع كونه أبلغ وأخش مع ان وضع يده حال الاتلاف غصب ونسليم مالكة اياه لا يستلزم عدم الضمان لان له أهلية الحفظ والضمان لانه مكاف الا أنه تسامح في ماله وذلك غير قاذح في أهليته فلا يستلزم كون المالك هو المضيع ولهذا يجوز توكيله ولم يرجح الشيخ في المبسوط والمصنف في التحرير والشهيد في اللمعة (قلت) قد يستشهد لقول الاول بالخبر ومضمونه ان اسماعيل ابن مولانا الصادق عليه السلام أراد أن يستبضع رجلا فنهاه أبوه عليه السلام عن ذلك لان ذلك الرجل كان يشرب الخمر فخالف واستبعضه فاستهلك ماله فحجج أبو عبد الله عليه السلام وحجج معه ابنه اسماعيل فجعل يطوف بالبيت ويقول اللهم أجري واخلف علي فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه فقال له مه يا بني فلا والله مالك على الله حجة ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فأنتمته الى أن قال فان الله عز وجل في كتابه قال (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) فأني سفه أسفه من شارب الخمر ان شارب الخمر لا يزوج ولا يؤتمن على أمانه فمن اتهمه على أمانته فاستهلكها لم يكن للذي اتهمه على الله عز وجل أن يؤجره فان مضمونه يعطي انه غير مستحق لشيء بالكلية عقوبة ومواخذة له حيث خالف الله سبحانه وتعالى ولو كان المال مضمونا والحق ثابتا في ذمة السفه كسائر الحقوق والديون لم يكن للمنع من الدماء بالاجر والخلف وجه لانه له أن يتوصل الى حقه بكل وجه من الوجوه ومنها الدعاء مع علم الحيلة في الوصول بغيره من الامور (والحاصل) انه لو كان حقا شرعيا في ذمة من دفعه اليه لاستحق العوض من الله سبحانه او كان له ان يدعو عقلا وقللا كسائر الحقوق التي تقوت على اصحابها فأمل (وقولكم) من الامور المستبعدة الى آخره (فيه) ان الفرق واضح لانه في الوديعة سلمه المالك وسلطه عليه مع علمه بحاله ولا كذلك الحال في النصب وقد صرح كثير بأن العارية كالإيداع وزيد في اللمعة الاجارة واما ضمان ما غصبه بعد الحجر فكأنه مما لا خلاف فيه ومراده بالاطلاق في قوله او اتلف مال غيره مطلقا ضمن ما كان قبل الحجر او بعده سواء جعل باختيار صاحبه في يده او بدون اختياره وهذا يقضي انه لو أتلّف الوديعة بعد الحجر يضمن فيبقى المفهوم في قوله قبل الحجر مقصورا على ما اذا فرط في الحفظ فتكون فتوى الكتاب انه يضمن بالاتلاف لا بالتفريط ولا يكاد يفرق بين الاتلاف والتفريط فانه اتلاف ولا يكاد يتم للاطلاق وجه يلتزم به مع اول كلامه ويبقى الكلام في المجنون والصبي فني (التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمساك) وغيرها انهما كالسفيه يجب عليهما الضمان اذا ألقيا مال غيرهما بغير اذنه أو غصبا فتلّف في ايديهما وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل في ايديهما باختيار صاحبه كالبيع والقرض وقد نبه على ذلك في المبسوط ونبه عليه في باب البيع من نهاية الاحكام والتذكرة ايضا انه مما لا خلاف بين المسلمين حيث لم يحك فيه عن العامة خلافا وانما حكاه في ايداعها وعاريتهما لكن هذا يخالف تعريفهم الحكم بأنه خطاب الله

ولو أقر بدين لم ينفذ أقراره سواء استند إلى ما قبل الحجر أولا وكذا لو أقر بأتلاف مال أو بجناية توجب مالا ويصح طلاقه ولما نه وظهاره ورجعته وخلعه ولا يسلم مال الخلع إليه وأقراره بالنسب وينفق على من استلحقته من بيت المال (متن)

المتعلق بأفعال المكافين بالاعتناء والتخيير والوضع فليتأمل وأما الوديعة والمارية إذا دفعها صاحبها إليها باختياره فقلنا بتفريطها أو تلفها فالاقترب أنه لا ضمان عليها وفي (التذكرة والتحرير) أن قلنا فلا مانع عليها وإن تلفها فالاقترب أنه كذلك ولم يفرق في تلفها بين التفريط وعدمه والتفريط لا يكاد يقصر عن الاتلاف وفي (جامع المقاصد) أن ضمان الصبي المميز إذا باشر الاتلاف قوي وكذا إذا فرط لأن التفريط لا يكاد يقصر عن الاتلاف أما غير المميز والمجنون فهما كسائر الحيوانات وفرق في المسالك بين التلف والاتلاف وإن الأجود الضمان في الثاني دون الأول وعلى عدم الضمان في الأول بأن الضمان باعتبار الإهمال إنما يثبت حيث يجب الحفظ والوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكافين فلا يتعلق بالصبي والمجنون ووجوب الضمان في الثاني بأن اتلاف مال الغير مع عدم الإذن فيه سبب في الضمان والأسباب من باب خطاب الوضع لا يتوقف على التكليف (قلت) لكن لا ينافيه التعريف كما عرفت ولم نقف على دليل يدل عليه إلا قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي وهو خاص بالمكلف بل الاحتمال كاف وتمام الكلام في الوديعة **قوله** ﴿ولو أقر بدين لم ينفذ أقراره سواء استند إلى ما قبل الحجر أولا وكذا لو أقر بأتلاف مال أو بجناية توجب مالا﴾ لانا لو قلنا أقراره في ما لا يزال معنى الحجر لأنه يقر به فيأخذه المقر له ولأنه أقرب بما هو ممنوع من التصرف فيه فلم ينفذ أقراره كأقرار الرهن في الرهن وهل يلزمه حكم أقراره بعد فك الحجر عنه الوجه لأن المنع من نفوذ أقراره في الحال إنما يثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه فلو نفذ بعد فك الحجر لم يفسد إلا تأخر الضرر عليه إلى أكمل حاله بخلاف المحجور عليه لفساد مانع تعلق حق الغرماء به فيزول المانع بزوال الحق عن ماله فيثبت مقتضى أقراره وفي مسئلتنا انتهى الحكم لا تنفائ سببه إذ لا يندفع الضرر إلا بإبطال أقراره بالكلية وهذا حكم تكليفنا في الظاهر أما حكمه فيما بينه وبين الله عز وجل فإن علم لزوم ذلك له قبل الحجر عليه وجب عليه أدائه بعد فك الحجر عنه كما لو لم يقر به لكنه لا يجب عليه الأداء فيما أتلفه بعد الحجر بدفع صاحب المال إليه وتسليطه عليه بالبيع وشبهه ولو ادعى عليه شخص بدين لزمه قبل الحجر فأقام بينة قضى بها وإن لم يكن بينة فإن قلنا أن التناول ورد اليمين كالبينه سمعت وإن قلنا كالأقرار لم نسمع إذ أقصاه أن يقر وأقراره غير معقول **قوله** ﴿ويصح طلاقه ولما نه وظهاره ورجعته وخلعه ولا يسلم مال الخلع إليه﴾ أما صحة طلاقه فعليه عامة أهل العلم كما في (التذكرة) وبه قال جميع الفقهاء إلا ابن أبي ليلى لأن البضع ليس بمال ولا جار مجراه لأنه لا ينتقل إلى الورثة ولا يمنع المريض من إزالة الملك عنه ولا يطلق الولي عنه أصلا بل يطلق هو بنفسه ويصح لماله وظهاره ويكفر بالصوم وتصح منه الرجعة لأنها ليست ابتداء نكاح بل تمسك بالعقد السابق لأن هذه لا تتعلق لها بالمال ويصح منه الخلع لأنه إذا صح منه الطلاق مجانا فبالأولى أن يصح الخلع ولا يدفع إليه مال الخلع وإن دفع إليه وأتلفه لم تبرأ المرأة وهو من ضمانها ولا يشترط أن يخالع على مهر المثل أو أزيد **قوله** ﴿وأقراره بالنسب وينفق على من استلحقته من بيت المال﴾ أي لو أقر بنسب صحيح قبل ويثبت

وبما يوجب القصاص ولو صولح فيه على مال فالاقرب ثبوت المال ولو وكله غيره في بيع أو هبة جاز لبقاء اهلية التصرف وللولي أن يشتري له جارية ينكحها مع المصلحة فإن تبرم بها أبدلت وهو في العبادات كالرشيد إلا أنه لا يفرق الزكاة بنفسه وينتقد احرامه في الواجب مطلقا (متن)

النسب لا تنفك المانع وهو مصادقة الاقرار بالمال اذ لو وجب الاتفاق على التبرية أنفق عليه من بيت المال وفي (حواشي الشهيد) ان اقرار الزوج بالزوجة يوجب نفقتها لانها معاوضة (قلت) ظاهر التذكرة انه مما لا ريب فيه عند العامة وقال الشهيد لو قيل من ماله مطلقا كان حسنا لانه قد ثبت نسبه شرعا ولا استلزامه الاضرار بجميع المسلمين بواسطة قول واحد (فان قلت) المنع من الاتفاق في ماله نظرا الى صيانتها (قلت) صيانة مال جميع المسلمين أولى قلت قد حكى ذلك في التذكرة عن بعض العامة وأجاب في (جامع المقاصد) عن قول الشهيد بأنه أي النسب انما ثبت بالنسبة الى ما عدا المال وبيت مال المسلمين لمصالح المسلمين وهذا منهم فلا يتصور أن يقال وجوب النفقة اضرار بالمسلمين والا لقليل في كل فرد منهم مثل هذا انتهى (قلت) قد لا يرد هذا على الشهيد لانه أراد الاضرار بمال جميع المسلمين بقول واحد كأن سرق ولده الصغير الحر وبيع فعرفه وأقر به وصدقه المولى فانه كلن واجب النفقة على مولاه والا آن صار واجب النفقة على جميع المسلمين بقول واحد فدار الامر بين أن لا يقبل اقراره أصلا أو يقبل في النسب لافي النفقة لانهما غير مملوئي التلازم أو يقبل فيهما والنفقة في ماله لان ذلك حصل بالتبع لانه لما ثبت النسب جاءت أحكامه فلا يتجه حينئذ قوله فلا يتصور الى آخره فتأمل جيدا والقول بالاتفاق عليه من بيت المال للشيخ في المبسوط وواقعه المصنف في التذكرة والكتاب وظاهر التحرير التأمل في ذلك ﴿ قوله ﴾ وبما يوجب القصاص ولو صولح فيه على مال فالاقرب ثبوت المال ﴿ اذا أقر السفية بما يوجب القصاص قبل منه لانه مكلف عاقل ويحكم عليه به في الحال ولا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم كما في التذكرة فلو عفى المقر له على مال لم يثبت عندنا لان موجب العمد القصاص فاذا صولح على مال كان له خلاص نفسه بالمال لان حفظ النفس أولى فجاز له الصلح ويحتمل العدم لانه يرجع على الاصل بالابطال لان أصل الحجر على السفية لحفظ ماله ويمكن أن يتواطأ مع المقر له على الاقرار ثم الصلح توصلا الى الغرض الفاسد وجوابه كما في جامع المقاصد اندفاع ذلك بقرائن الاحوال فان المقدم على الاستيفاء لا يكاد يخفى ولا يلتبس بمن يحاول المال فيصح الصلح (قلت) اذا كان طالما بالحكم يمكن أن يخفى الحال فيه قال الشهيد ولك أن تمنع أصل صحة هذا الاقرار لان فتح هذا الباب ينافي الحجر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو وكله غيره في بيع أو هبة جاز لبقاء اهلية التصرف ﴾ عندنا لان عبارته معتبرة لم يسلب الشارع حكمها عنه فيصح عقده كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللولي أن يشتري له جارية ينكحها مع المصلحة فان تبرم بها أبدلت ﴾ الوجه في ذلك واضح بل قد يجب عليه ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهو في العبادات كالرشيد ﴾ كأنه مما لا خلاف فيه بين المسلمين حيث لم ينقل فيه خلاف في المبسوط والتذكرة ولا فرق بين البدنية والمالية ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا أنه لا يفرق الزكاة بنفسه وينتقد احرامه في الواجب مطلقا ﴾ اما الاول فلانه تصرف مالي ممنوع منه على الاستقلال وأما الثاني فلو أحرم بحجة الاسلام أو عمرته فانه انما يؤدي واجبا يجب المبادرة اليه فيصح احرامه

وفي التطوع ان استوت نفقته سفرا وحضرا أو أمكنه تكسب الزائد والا حله الولي بالصوم دون الهدي (متن)

بغير إذن الولي وليس له الاعتراض عليه سواء زادت نفقة السفر أولا وهذا المراد بالاطلاق وينفق عليه الولي أو يبعث معه حافظا يحفظ ماله وينفق عليه ولو بأجرة وكذا لو أحرم بمحج أو عمرة واجبتين بنذر أو شبهه كان قد أوجب ذلك قبل الحجر عليه ولو نذر الحج بعد الحجر عليه فالأقوى انقاده لكن لا يمكن منه ان زادت نفقته في السفر ولم يكن كسب يفي بها بل اذا رفع الحجر عنه حج ولو نذر التصديق بعين ماله لم ينقذ ولو نذر في القمة انقذ ولو نذر عبادة بدنية لزمته كما في التحرير ويأتي تمام الكلام في المقام **قوله** ﴿ وفي التطوع ان استوت نفقته سفرا وحضرا أو أمكنه تكسب الزائد ﴾ هذا مما لا أجد فيه مخالفا ولا مستشكلا قبل المقدس الاردبيلي وقد صرح به في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح بل قد يظهر من المبسوط والتذكرة أن لاخلاف فيه بين المسلمين حيث لم يتقلا فيها خلافا عن أحد من الخاصة والعامة لاتقاء الضرر مع تساوي السفر والحضر في النفقة والتفاوت مع الاكتاب واستظهر المقدس الاردبيلي عدم منعه من المندوب وان استلزم صرف المال زائدا على الحضر (قلت) لو لم يمنع من الصدقات والتذوق (والنفقة خ ل) المتعلقة بالاموال وفضل كبناء المساجد والقناطر لا يمكن أن يجعل ذلك وسيلة الى ذهاب المال فيعود على الحكم بالابطال وقد تكلم بعض الناس في المقام بكلام هو أهون من أن نرده وأورد في (جامع المقاصد) بأن ما يكتسبه مال فيتعلق الحجر به (وأجاب) بأنه قبل الاكتساب لم يكن مالا وبعده صار محتاجا الى زيادة النفقة وأيضا فان الاكتساب غير واجب على السفهه وليس للولي قهره عليه فلا يلزم من صرف ما يحصل به اتلاف لشيء من المال الذي تعلق الحجر به (وقد يقال) على الجواب الاول انه انما يتم لو لم يمكن العود أو أمكنه بنفقة مساوية لنفقة الاكمال والا لم ينفعه احتياجه الى النفقة وعلى الثاني انه وان لم يجب على الاكتساب الا انه اذا اكتسب باختياره تحقق المال ولزم الحجر فيه فعاد المحذور نعم لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر وكان بعد التلبس بالحج أو قبله ولم يمكن العود الا بصرفه زال الاشكال **قوله** ﴿ والا حله الولي بالصوم دون الهدي ﴾ كما في المبسوط والتحرير وفي (الشرائع والارشاد) وغيرها حله الولي وقضية كلامهم ان احرامه ينقذ (وقد يقال) انه كيف ينقذ مع الاخلال بالشرايط للنهي عنه حينئذ مقتضي للفساد في العبادة الا أن قول النبي هنا عن أمر خارج وهو اتلاف المال الزائد فليس هناك نهى عن ذات العبادة ولا عن شرطها لان المندوب لا يشترط فيه المال فينقذ فطريق استدراكه أي الزائد تحليل الولي له بالصوم لانه حينئذ كالمحصور حيث يحرم عليه الذهاب للاكمال هذا ان جعلنا عدم الاحصار بدلا والا بقي على احرامه الى زمان الفلك وظاهر المبسوط والكتاب تعيين التحليل بالصوم وهو الذي يقتضيه الحجر لحفظ المال وظاهر التحرير والتذكرة وكذا الشرائع والارشاد أن له كلا من الامرين هذا والصوم الذي يحله الولي به على القول بالبدل عشرة أيام من دون اعتبار التوالي والزمان وكونه في الحج وروى الشهيد ثمانية عشر يوما قال لم أقف على كون التحليل بالصوم الامن طرق العامة نعم روى معاوية ابن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في المحصر ان لم يجد هديا قال يصوم وفي كتاب المشيخة

وينتقد يمينه فان حثت كفر بالصوم وله أن يعفو عن القصاص لا الدية والارث والولاية في ماله للحاكم خاصة ولو فك حجره ثم عاد التبذير أعيد الحجر وهكذا ﴿ الفصل الثالث في المملوك ﴾ المملوك ممنوع من التصرف في نفسه وما في يده يبيع واجارة واستدانة وغير ذلك من جميع العقود الا بأذن مولاه على الطلاق فان له ايقاعه وان كره المولى (متن)

لابن محبوب روى صالح ابن عامر ابن عبد الله ابن خزيمة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل خرج مشترا واعتل في بعض الطريق وهو محرم قال ينحر بدنة ويحلق رأسه ويرجع الى رحله فلا يقرب النساء فان لم يقدر صام ثمانية عشر يوما وقد استقر بعضهم في باب الحج أن ليس لهم الا حصار بدل (١) والمصنف في الكتاب استشكل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وينتقد يمينه فان حثت كفر بالصوم ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحريم والارشاد والمسالك وجمع البرهان وكذا الشرائع على تردد له فيه من أنه ممنوع من التصرف المالي فيكفر بالصوم كالعبد والفقير ومن أن الكفارة تصير حينئذ واجبة عليه وهو مالك للمال فيخرج من المال كما تخرج الواجبات من الزكاة والخمس وموتة الحج الواجب والكفارة التي سبق وجوبها الحجر (وفيه) ان هذه ثبتت عليه بغير اختياره فلا تصرف له في المال وانما هو حكم الله عز وجل وما نحن فيه سببه مستند الى اختياره في مخالفة مقتضى اليقين فلو أخرجها من المال أمكن جعل ذلك وسيلة له الى اذها به وقد ذكر الحكم في المبسوط والتذكرة من دون نقل تردد ولا خلاف وكيف كان فوجوب الكفارة مما لا خلاف فيه وفي (المسالك) انه قطعي وانما التأمل في أنه يكفر بالصوم أو المال هذا ويحتل مع اذن الولي في اليقين مع المصلحة تصرف المال فيها ومثل اليقين النذر والعهد ويكفر بالصوم لو عاد في ظهاره أو لزمت كفارة قتل الخطأ أو الافطار في شهر رمضان وشبهه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله أن يعفو عن القصاص لا الدية والارث ﴾ صرح في المبسوط وغيره أن له العفو على مال لانه تحصيل للمال وليس تضيقا له لكنه لا يسلم اليه المال وفي (التذكرة والمسالك) ان عفى على غيره مال صح عندنا لان الواجب في العمد القصاص ومن قال الواجب أحد الامرين لم يصح عفو عنه على المال واما انه ليس له العفو عن الدية والارث فواضح ونعام الكلام في باب القصاص ﴿ قوله ﴾ ﴿ والولاية في ماله للحاكم خاصة ﴾ قد تقدم الكلام بما لا مزيد عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو فك حجره ثم عاد التبذير أعيد الحجر وهكذا ﴾ لان الحجر كان لعله فاذا عادت عاد الحكم واذا زالت زال قضاء لعله وبذلك صرح في المبسوط وغيره ﴿ الفصل الثالث في المملوك ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ المملوك ممنوع من التصرف في نفسه وما في يده يبيع واجارة واستدانة وغير ذلك من جميع العقود الا بأذن مولاه ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك في المطلب الثاني من مطلبي الفصل الاول في الحيوان ولا فرق في المنع من تصرفه بدون اذنه بين أن تقول يملكه وعدمه لانه على ذلك التقدير محجور عليه والمراد بالمملوك ما يشمل المملوكة لعموم الادلة وجعله اجارة نفسه تصرفا فيها واضح وأما الاستدانة ونحوها من العقود الموجبة لجعل الشيء في ذمته فوجه الحاقه بالتصرف في نفسه أنه يجعل نفسه مديونا فيه مناسبة للتصرف فيها بوجه ﴿ قوله ﴾ ﴿ على الطلاق فان له ايقاعه وان كره المولى ﴾ هذا هو الاشهر اذا كانت

والاقرب أنه لا يملك شيئا سواء كان فاضل الضريبة أو ارش الجناية على الاقوى
وسواء ملكه مولا على رأي أم لا ولا تصح له الاستدانة فان استدان بدون اذن مولا
استعبد فان تلف فهو في ذمته ان اعتق اداء والا ضاع سواء كان المدين جاهلا بعبوديته أم لا (متن)

الزوجة غير امة المولى وقد خالف جماعة فتوا خياره فيه أيضا لمكان صراح كثيرة وأستتي في التذكرة
أيضا الضمان لانه تصرف في الذمة لا بالعين ورد بصوم الآية مع عدم وضوح شاهد على التخصيص
﴿ قوله ﴾ والاقرب أنه لا يملك شيئا سواء كان فاضل الضريبة أو ارش الجناية على الاقوى
وسواء ملكه مولا على رأي أم لا ﴿ قد تقدم مناقي المطلب المشار اليه آنفا قتل الشرات والاجاعات
والقتلوى على انه لا يملك مطلقا واستدلنا عليه بعد ذلك بالاصل والآيات الكريمة والسنة وبيننا الحال
في المواضع التي يظهر منهم انه يملك وأسبغنا الكلام في ذلك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تصح له
الاستدانة فان استدان بدون اذن مولا استعبد ﴾ اذا اقترض العبد أو اشترى في ذمته بغير اذن
سيده لا يصح قرضه ولا شراؤه لاستحالة ان يثبت الملك له فانه ليس أهلا للملك ولا يثبت للمولى
لانه أن ملك بغير عوض فهو تجارة عن غير تراضي اذا المالك انما دفع العين ليسلم اليه العوض فاذا لم
يكن هناك عوض يكون تسلطا على ملك الغير بغير اذنه وأن ملك السيد بعرض فاما في ذمته فهو باطل
لان السيد ما رضي به أو في ذمة العبد فهو أيضا باطل لامتناع حصول الشيء لمن ليس عليه عوض بل
على غيره فالبايع والمقرض يرجعان بالعين أن كانت موجودة سواء كانت في يد العبد أو يد السيد
لبقاء ملك البايع والمقرض فيها ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تلف فهو في ذمته ان اعتق اداء والا ضاع سواء
كان المدين جاهلا بعبوديته أم لا ﴾ قال الشيخ في النهاية اذا لم يكن مأذونا في التجارة فكل ما يقع
عليه من الدين لم يلزم مولا من ذلك شيء ولا يستسعى أيضا فيه بل كان ضايما وقد حكى هذه العبارة
في السرائر ما عدا قوله بل كان ضايما ونفى عنها الخلاف وقال بل يتبع به بعد العتق (ثم قال) وقال
شيخنا في نهايته بل كان ضايما يريد به ما دام مملوكا ونحو ما في السرائر ما في الغنية والكافي وقال
في (التذكرة) اذا استدان شيئا لم يلزم مولا منه شيء بل يتبعه المدين بعد العتق فاذا اعتق رجع عليه
بماله عليه ان كان ذا مال وان مات عبدا سقط الدين بلا خلاف ولا فرق بين أن يكون صاحب المال
عالما بعبوديته أو جاهلا وقد طفحت عباراتهم كعبارة الشرائع والنافع وغيرها بانه اذا استدان من
دون اذن مولا ف تلف كان لازما لذمته يتبع به دون المولى ومرادهم انه يتبع به اذا اعتق كما صرح به
في النافع وغيره نعم قال ابن حمزة يكون ضايما الا اذا ابقى المال في يده أو كان قد دفعه الى سيده
(وحجتهم) على ذلك بعد الاجماع اصاله البراءة وانه فعل غير مأذون فيه واما صحيح أبي بصير عن أبي
جعفر عليه السلام قال قلت له رجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه دين قال ان كان اذن له السيد ان
يستدين قالدين على مولا وأن لم يكن اذن له ان يستدين فلا شيء على المولى ويستسعى العبد في الدين
وموثقة وهب ابن حفص مثل ابا جعفر عليه السلام عن مملوك يشترى ويبيع قد علم بذلك مولا حتى
صار عليه مثل ثمنه قال يستسعى فيما عليه فقد استدل بهما في الرياض على ما نحن فيه وليس مما نحن فيه
وانما محلها كما فهم منها الاصحاب فيما اذن له في التجارة دون الاستدانة وحصل عليه ديون وجعلوا
هذه مسألة اخرى كما تستمع انشاء الله تعالى على أنهم في هذه ايضا لم يعولوا عليها أي الخبرين اذ ظاهرهما انه

ولو اذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى ان استبقاه أو باعه ولو أعتقه فلا قوى الزام المولى (متن)

يستسى في حال الرق فيرجع الى ضمان المولى وجعل بعضهم كالمصنف في المختلف الوجه في ذلك ان المولى غار بالاذن في التجارة فوجب عليه التمكين من السعي وقال بعضهم ان علم المولى باستدائته مع عدم منعه يرجع الى الاذن بالقوى كما هو ظاهر الموثقة واما الصحيحة فتفيد بذلك جمعا بين الادلة ويفرق حينئذ بين الاذن الصريح والاذن بالقوى بان الاول يقضي بالضمان على السيد مطلقا حتى مع عجز المملوك عن السعي والثاني يقضي باختصاص الضمان عليه في صورة قدرة العبد على السعي واما مع العجز فلا ضمان عليه لقوله عليه السلام في صحيحة ابي بصير الاخرى ليس على مولاه شيء وليس لهم ان يبيعوه ولكن يستسى وأن عجز عنه فليس على مولاه شيء ولا على العبد شيء وبعضهم حملها على ما اذا رضي السيد والا فيتبع به بعد العتق لقول الصادق عليه السلام في خبر روح ابن عبد الرحيم في رجل مملوك أتجره مولاه فاستهلك ما لا كثيرا قال ليس على مولاه شيء ولكنه على العبد وليس لهم ان يبيعوه ولكن يستسى وأن حجر عليه مولاه فليس على مولاه شيء ولا على العبد وهي كصحيحة ابي بصير الثانية لكن في هذه حجة عليه وفي تلك عجز عنه لكن هذه الرواية قاصرة مصححة المتن وبعضهم حمل الاستسعاء على ما بعد العتق ولكنه يلزم منه استسعاء الحرفيا عليه ولا يقولون به الا ان يقال ان ذلك اذا كان الدين حال الحرية لكن ذلك فرع ظهور كون الاستسعاء بعد العتق من الاخبار (وكيف كان) فهذه الاخبار قد أعرض عنها الاصحاب في خصوص الاستسعاء الا الشيخ في النهاية وابن حمزة على تفصيل له عليل ستسمعه انشاء الله تعالى وهذه التأويلات كما قد عرفت حالها لا يعول عليها في اثبات الاحكام الشرعية **﴿ قوله ﴾** ﴿ ولو اذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى أن استبقاه أو باعه ولو أعتقه فلا قوى الزام المولى ﴾ اذا اذن المولى لعبده في الاستدانة فاستدان لسيدته فالدين يلزم سيده قطعا كما في المختلف والمقتصر وقولا واحدا كما في ايضاح النافع والمسالك والروضة وبلا خلاف كما في غاية المراد وجمع البرهان وبلا شك كما في المذهب البارع واما اذا استدان حينئذ لعتقه الواجبة على السيد فكذلك أي يلزم سيده اجماعا كما في ايضاح النافع وبلا خلاف كما في غاية المراد وقطعا كما في المقتصر وبلا شك كما في المذهب البارع واذا استدان لما سوى هذين من مصالح العبد فان استدان لذلك واستبقاه سيده أو باعه فالدين لازم للمولى بلا خلاف كما في ايضاح النافع وقولا واحدا كما في المذهب البارع وبالحكم المذكور نطقت كلماتهم وطفحت به عباراتهم وأما لو أعتقه وهو محل النزاع فالمشهور كما في التذكرة الزام المولى ايضا والاشهر قوى كما في ايضاح النافع والاشهر رواية كما في الشرائع والنافع وهو المنقول كما في حواشي الشهيد وهو خيرة الشيخ في الاستبصار وابن حمزة وابن ادريس والمصنف في الارشاد وولده والشهيد في المعين والمسالك وابي العباس في المقتصر والمحقق الثاني والمقدس الاردبيلي والمحدث الخراساني وقد سمعت ما في الشرائع والنافع من انه أشهر الروايتين وتروى في التحرير واستشكل في التقيح ولم يرجح في غاية المراد والمخالف الشيخ في النهاية والقي والقاضي على ما حكى عنهما وابن زهرة في الغنية والمصنف في التذكرة فقالوا يتبع به العبد وقد نفي عنه البعد في المختلف (حجة المشهور) الاصل بمعنى الاستصحاب أعني استصحاب الحكم بالضمان على المولى الثابت في حال عدم العتق وصحيحة ابي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال قلت له الرجل يأذن

لملوكه في التجارة فيصير عليه دين قال اذا كان اذن له ان يستدين فالدین على مولاه وأن لم يكن اذن له أن يستدين فلا شيء على المولى ويستسعى العبد في الدين (وجه الدلالة) ان ترك الاستئصال يشمل صورة العتق والبيع والاستبقاء وقد اعتضد هذا الخبر مع صحة بالاصل والشهره في العمل في خصوص المسئلة والشهرة في الرواية لان كان قد رواه الشيخان في الكافي والتهذيب ولا حاجة الى حمله على صورتي البيع والاستبقاء جمعا بينه وبين الاخبار الأخر لا تنها مع مخالفتها للقواعد وامكان حملها على صورة عدم الاذن في الاستدانة لا تكافؤه بحسب السند والاعتضاد (فمنها) خبر غريفي (١) ابن ناصح الاكفائي قال كان اذن لفلان له في الشراء والبيع واقلس ولزمه دين فاخذ بذلك الدين الذي عليه وليس يساوي ثمنه فقال ان بئس لزمك الدين وان اعتقه لم يلزمك الدين فتمت ولم يلزمه شيء وقدرى مثله الشيخ بسند آخر عن غريفي بأدنى تفاوت وهما وان اختصا بصورة البيع الا أن ثبوت الحكم فيها يستلزم ثبوته بصورة الاستبقاء بالاولوية فتأمل وأنت خير باتهما بحملان عند المشهور على ما اذا كانت الاستدانة بغير اذن المولى فان الاذن في التجارة فيها أي الخبرين لا يستلزم الاذن في الاستدانة ثم ان ما تضمنناه من لزوم الدين على العبد مع الاذن مخالف للقواعد الشرعية فان العبد المأذون وكيل أو بمنزلة الوكيل على اختلاف الراي واتفقه على نفسه وتجارته باذن المولى اتفاق لمال المولى كما لو لم يعتق (فان قلت) أن قضية ما ذكرت من حمل الخبرين على عدم الاذن ان لا يلزم الدين المولى فيما اذا باع (قلت) لعل الوجه في تضمين المولى للدين في صورة البيع هو حيلولة بين أصحاب الدين وبين العبد بالبيع لا من حيث أن المال لازم من جهة الاذن في التجارة وان كان لم يأذن في الاستدانة ثم انه في السرائر قال ان غريفا الاكفائي مجهول خامل الذكر وعندنا انه غريفي ابن ناصح الثقة بنص (جش وحه) وأما قول أمير المؤمنين عليه السلام في خبر شريح في عديم وعليه دين قال دينه على من اذن له في التجارة وأكل ثمنه فإنه قابل للحمل على صورة الاذن في التجارة والاستدانة ولا منافاة على صورة عدم الاذن في الاستدانة وأما موثقة وهب ابن حفص وخبر روح ابن عبد العظيم الدالان على عدم ثبوت الدين على المولى محمولان ايضا على الاستدانة بغير اذن المولى ومما ذكر يعرف الحال فيما استدلل به للشيخ في النهاية ومن واقعه وهو الخبر الذي رواه في التهذيب في باب العتق بطريق فيه ضعف وجهالة (قال) حدثني عجلان عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق عبدا له وعليه دين قال دينه عليه لم يزد في العتق الا خيرا فإنه يحمل على ضعفه على ما اذا لم يقع الدين باذن المولى على أن صحيح النظر يقضي بأن الضمير المجرور يعلى راجع الى المولى بقرينة قوله عليه السلام لم يزد في العتق الا خيرا اذ معناه على الظاهر أن العتق لا يقضي بأن الدين على العبد والا لم يكن زاده خيرا (وعساك قول) ان خبر أبي بصير الذي جعلته أصلا في المقام ونزلت عليه أخبار الباب قد اشتمل عمجه على ما لا يقولون به (قلت) اشتماله على ذلك لا يخرج عن الحجية والا لوجب العمل بجميع روايات الراوي الواحد كما قرر في محله ونحن انما عملنا به في موضع لم يعرض الاصحاب عنه على أنك قد سمعت آقا ما ذكرناه في تأويله على انه مؤيد بموثقة زراره وسنسميها فقد اتضح الحال في المسئلة وأخبار الباب ولم يبق في هذه أشكال ولا في تلك في خصوص المسئلة اضطراب ولا تصح الى ما في المختلف وغيره وعد الى عبارة الكتاب فانه قد قال المحقق الثاني ان نظما

(١) الموجود في نسخة طريف بالطاء المهمة هنا وفي جميع ما يأتي (محسن)

ويتشارك غرماؤه وغمراء المولى في التركة القاصرة على النسبة ولو أذن له في التجارة لم يجوز له التعدي فيما حده وينصرف الاذن في الابتياح الى النقد (متن)

غير حسن لان ظاهر اشتراط استبقائه أو بيعه في لزوم الدين المولى يقتضي التقى عما عداها مع أن مختاره مع التقى اللزوم فلو قال وكذا لو أعتقه على الاقوى لكان أحسن **قوله** ﴿ ويتشارك غرماؤه وغمراء المولى في التركة القاصرة على النسبة ﴾ يريد أنه لو استدان باذن المولى ثم مات المولى وعليه ديون قسمت تركته على دين المولى ودين العبد على النسبة لانهما معا مستحقان في ذمة المولى ولا يقدم أحدهم على الآخر كما صرح بذلك في النهاية والسرائر وغيرها على أني لم أجده فيه خلافا وفي (مجمع البرهان) أنه ظاهر (قلت) وبه صرح الشيخ في النهاية ومن تأخر عنه ممن تعرض له وقد استدلل عليه في التذكرة وغيرها بموتة زراره قال سئل أبا جعفر عليه السلام عن رجل مات وترك عليه ديناً وترك عبداً له مال في التجارة وولداً وفي يد العبد مال ومتاع وعليه دين استدانه العبد في حيوته سيده وفي تجارته وان الورثة وغمراء الميت اختصوا في ما في يد العبد من المال والمتاع ورقبة العبد فقال أرى أن ليس للورثة سبيل على رقبة العبد ولا على ما في يده من المال والمتاع الآن يضمنوا دين الغرماء جميعاً فيكون العبد وما في يده للورثة فان أبوا كان العبد وما في يده للغرماء يقوم العبد وما في يده من المال ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص فان عجز قيمة العبد وما في يده من أموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقي ان كان الميت ترك شيئاً وان فضل من قيمة العبد وما كان في يده عن دين الغرماء رد على الورثة وأما ما رواه الشيخ في باب التقى عن ابن محبوب عن علي بن محمد بن يحيى عن الحسن بن علي عن أبي اسحق عن فيض عن اشعث عن الحسن عليه السلام في بعض النسخ وعن أبي الحسن عليه السلام في بعض آخر في الرجل يموت وعليه دين وقد اذن لعبده في التجارة وعلى العبد دين قال يبدأ بدين السيد فهو قاصر السند بالضعف وكثرة المجاهيل ويمكن تأويله بالعبد بأن يراد بدين السيد ما يعم دين العبد والتقديم اضافي بالنسبة الى الارث والوصايا او يحمل على ما اذا اذن له في التجارة دون الاستدانة ويخص دين السيد بدين نفسه دون دين العبد ويجعل الامر بأداء دين العبد المفهوم من الامر بالابتداء بدين السيد للاستحباب فلا منافاة كما اشار الى ذلك الشيخ في الاستبصار وكان الاستحباب غير متجه لانه مبني على رضى الورثة ووفاء التركة **قوله** ﴿ ولو أذن له في التجارة لم يجوز له التعدي فيما حده ﴾ كما في الشرائع وغيرها ولا فرق في عدم جواز التعدي بين أن يكون في جنس ما يشترطه ويبيعه أو في القادر أو في السفر الى موضع وان عم له جاز ولا يختص الاذن بشيء دون شيء ويستفيد المأذون له في التجارة بالاذن كل ما يندرج تحت اسم التجارة أو كان من لوازمها وتوابعها حتى الرد بالعيب والخاصة **قوله** ﴿ وينصرف الاذن في الابتياح الى النقد ﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد وغيرها وقد أطلقها الاصحاب وغيرهم في الباب وباب القراض وباب الوكالة والظاهر الاجماع على ذلك ولولاه أمكن جعل جواز التسيئة وجهاً وانما اختص بالنقد للقرائن الخارجية وهي الاضرار بالمولى في التسيئة بثبوت شيء في ذمته بخلاف النقد لجواز أن لا يقدر المولى على غير ما دفعه الى العبد من المال او لاغرض له وهي التي عينته من بين افراد الكلي وهذا هو حاصل ما أجاب به المصنف قدس سره لما اعترض عليه العلامة المحقق قطب الدين الرازي حين قرأ عليه هذه المسئلة بأن

وله النسيئة أن أذن فيها ويثبت الثمن في ذمة المولى ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى
عوضه وليس له الاستدانة الا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم المولى وغيره يتبع
به بعد العتق والا ضاع ولا يستسعى على رأي (متن)

البيع أمر كلي والنسيئة جزئي فلم لا تدخل (فأجاب) أولا بأن البيع أم فلا يدل على النسيئة باحدى
الدلالات (فأورد) عليه القطب أنه لا يلزم من قبي الدلالة في الاستلزام لجواز كون الزوم غيرين ثم
عارضه بالنقد فدل الفاضل الى الجواب المذكور من أن في النسيئة اضرار بالمولى بثبوت شيء في ذمته
بخلاف النقد وكأنه في جامع المقاصد فهم من الاتباع البيع لأنه استدل على انصرافه الى النقد بأنه
الغالب وبأن النسيئة غير مرغوبة غالبا وبأنها معرضة للتلف والضياح ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله النسيئة أن
أذن فيها ويثبت الثمن في ذمة المولى ﴾ من المعلوم أنه إذا أذن له في النسيئة كان الثمن في ذمة المولى
وبه صرح في الشرائع والتحرير والارشاد وغيرها ولو لم يكن السيد أذن في النسيئة واشترى كان
فضوليا يتوقف على اجازة المولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه ﴾ كما
في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لان تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد وليس المراد به
الثمن المعين لان تلفه يظل البيع فلا يلزم المولى عوضه على ما هو الظاهر منهم في باب البيع
﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له الاستدانة الا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم المولى ﴾ لان الاذن
في التجارة يستلزم الاذن في جميع ضرورياتها لانه في معنى الاذن فحوى كما لو ماتت الدابة الحاملة
للمتاع ولم يمكن غيرها الا بالاستدانة وكأجرة الحافظ ونحوها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وغيره يتبع به بعد العتق ﴾
أي غير المستدان لضروريات التجارة يتبع به بعد العتق ان عتق ويندرج فيه أمران ما استدانه لا
لضرورة التجارة المأذون فيها وما استدانه لغير المأذون فيها مطلقا والظاهر الاجماع على أنه لا يلزم ذمة
المولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا ضاع ﴾ هذا معطوف على محذوف يدل عليه قوله بعد العتق أي ان
أعتق وان لم يعتق ضاع ذلك في الدنيا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يستسعى على رأي ﴾ موافق للمبسوط
والخلاف والكافي فيما حكى والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والتذكرة والايضاح والخواشي
واللمعة وشرح الارشاد للفخر وظاهر الارشاد وغيره وحكي عن الخلاف الاجماع عليه وهو الموافق
للاصل ومجانب عن الصحيحة بالوجه الثلاثة المذكورة فيما سلف وهي حملها على ما اذا علم المولى باستدانته
فيجري علمه مجرى الاذن فحوى أو على ان الاستسعاء برضى المولى أو على أنه بعد العتق (وقال الشيخ)
في النهاية يستسعى فيه ولا يلزم مولاه شيء للصحيحة المذكورة وفيه في المختلف عنه البعد لان المولى
غار بالأذن للعبد في التجارة فوجب عليه التمكين من السعي وقال أيضا في (المختلف) ان المتمد أنه
ان استدان لمصلحة التجارة لزم المولى أداؤه كالأجنبي وان لم يكن لمصلحتها لم يلزم مولاه شيء وتبع به
بعد العتق عملا باصالة براءة ذمة المولى وتبعه على ذلك صاحب المختصر (وأورد) عليه ان الاذن في
التجارة ان استلزم الاذن في الاستدانة لضرورياتها فهو خلاف الفرض لان المفروض أنه غير مأذون
في الاستدانة وان لم يستلزم فلا نسلم أنه يلزم المولى حينئذ لانه نفس المتنازع (وأجاب في التقيح) بأن
محل النزاع هو علم حصول الاذن صريحا لا عدم حصوله مطلقا قال وبينهما فرق (قلت) الموجود في
الرواية التي هي الاصل في النزاع وان لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى ويستسعى العبد

ولا يتعدى الاذن الى مملوك المأذون ولو أخذ المولى ما استدانته وتلفت في يده تخير المقرض بين اتباع العبد بعد العتق والزام المولى معجلا ويستعيد المقرض والبائع العبد لو لم يأذن المولى فيهما فان تلفت طوب بعد العتق ولو اذن له في الشراء لنفسه ففي تملكه اشكال (متن)

في الدين فالاذن نكرة في سياق النفي وهو قيد العموم القوي الا ان تقول ان النفي متوجه الى ما أريد من الاذن في الاثبات وهي الصريحة والفحوى المقطوع بها دون المظنونة وكلام المختلف ناظر الى المظنونة على الظاهر ثم ان هذا التحرير في محل النزاع لم نجده لغيره وقد سمعت ما ذكرناه في تفسير قول المصنف وغيره من الوجهين وفصل ابن حمزة بأنه ان علم المدين علم الاذن تبع به بعد العتق والا استسعى وقد واقفه على ذلك صاحب ايضاح النافع قال لان السيد غير الناس بالاذن في التجارة والصحيحة منبهة على العلة وقال انه أقوى الاقوال وفي (جامع المقاصد) انه ضعيف وفصل في المسالك والروضة فقال الأقوى ان استداتته لضرورة التجارة انما تلزم بما في يده فان قصر استسعى في الباقي ولا يلزم المولى من غير ما في يده وعليه تحمل الرواية وهو كما ترى ﴿ قوله ﴾ (ولا يتعدى الاذن الى مملوك المأذون) كما في الشرائع والتذكرة وغيرها ويمكن أن يراد بمملوك المأذون معناه المجازي لان الاضافة تصدق بادنى ملازمة فيراد به من هو في خدمته من ممالك المولى حال التجارة بحيث يدخل تحت أمره ويمكن أن يراد الحقيقة تقريبا على القول بأنه يملك وعلى التقديرين لا يتناول الاذن له بمملوكه لان المولى اعتمد على نظره فلم يكن له أن يتجاوز بالاستئابة كالتوكيل وكذا ليس لهذا العبد المأذون أن يوكل غيره لما ذكر وقد وافق على ذلك الشافعي وخالف أبو حنيفة فذهب الى ان له أن يأذن لمملوكه في التجارة مع أنه لا يقول بان العبد يملك ﴿ قوله ﴾ (ولو أخذ المولى ما استدانته وتلف في يده تخير المقرض بين اتباع العبد بعد العتق والزام المولى معجلا) كما في الشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ووجه التخيير ان كلا منهما قد أثبت يده على ماله فيرجع على من شاء لان كانت القرض فاسدا لانه بغير اذنه صريحا أو فحوى كما هو المفروض فان رجع على المولى قبل أن يعتق العبد لم يرجع المولى على العبد وان اعتق بعد ذلك لاستقرار التلف في يده وان كان الرجوع على المولى بعد عتق العبد فان كان عند أخذه للمال عالما بأنه قرض فلا رجوع له على العبد أيضا وان كان قد غره العبد بان المال له أو من كسبه اتجه رجوعه عليه لمكان النور ولو رجع المقرض على العبد بعد عتقه ويساره فله الرجوع على المولى لاستقرار التلف في يده الا أن يكون قد غر المولى فلا رجوع له عليه ومثله لو أخذه المولى ثم رده على العبد تلف في يده وقد سهى قلم مولانا المقدس الاردبيلي في المقام ﴿ قوله ﴾ (ويستعيد المقرض والبائع العبد لو لم يأذن المولى فيهما فان تلفت طوب بعد العتق) اما أن البائع والمقرض يستعيدان العبد ان كانت موجودة فما لا ريب فيه لبقاء ملك البائع والمقرض وأما مع التلف فيتبع العبد بمثلها أو قيمتها بعد عتقه ويساره كما هو واضح والضمير المثنى في فيهما يعود الى البيع والقرض لدلالة البائع والمشتري عليهما ﴿ قوله ﴾ (ولو أذن له في الشراء لنفسه ففي تملكه اشكال) الضمير في تملكه يعود الى المولى لان العبد لا يملك عند المصنف قال في (التذكرة) لو أذن المولى لعبده في الشراء للعبد صح والا قرب انه لا يملكه فحينئذ يملكه المولى لاستحالة ملك لأمالك له وهو خيرة الشهيد في

ولو اذن له في التجارة جاز كل ما يندرج تحت اسمها او استلزمته كحمل المتاع الى الحرز
والرد بالعيب وليس له أن ينكح ولا يواجر نفسه والا قرب أن له أن يواجر اموال التجارة
ولو قصر الاذن في نوع أو مدة لم يعم ولا يتفق على نفسه من مال التجارة ولا يعامل
سيده يبع ولا شراء خلافا للمكاتب (متن)

ان اذن المولى له في شرائها لنفسه دل على أمرين أحدهما تملكها والآخر تسويفه التصرف فيها بالوطي
فيستبيحها بالاذن الضمني لا بمجرد الملك للحجر ويضعف بأن مجرد الاذن له في شرائها لنفسه لا يدل
على الاذن له في الوطي بشي من الدلالات ولا يستلزمه وانما تضمنت مجرد التملك للعبد وقد اعترقم
بأن التملك المجرد لا يفيد اباحة الوطي ثم قالوا انه على تقدير الاذن له في الوطي قبل الشراء ففي
استباحته للوطي نظر لان المولى غير مالك حين الاذن لما اذن فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اذن له في التجارة
جاز كل ما يندرج تحت اسمها أو استلزمته ﴾ كما في التذكرة والتحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ كحمل المتاع الى
الحرز والرد بالعيب ﴾ وكشتر الثوب وطيه والمخاصمة في العهدة وكأنه أراد بالاستتارام ما يشمل المقدمات
لان حمل المتاع ليس من التجارة التي هي الاكتساب وانما هو من مقدماته ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس
له أن ينكح ولا يواجر نفسه ﴾ أما النكاح فظاهر لان الاذن نعلق بالتجارة وهي لا تناول النكاح
كما ان المأذون له في النكاح ليس له أن يتجر اذ كل منهما لا يندرج تحت الآخر وأما الاجارة فقد
صرح في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد بأنها ليس له لما مر من عدم تناول الاذن في التجارة
لها ولانه لا يملك التصرف في منفعة فيتوقف على الاذن وعساك تقول الاذن في التجارة يعم وجوه
الاكتسابات وهذا من جملتها قلنا المتبادر من الاذن له في التجارة الا اكتساب بغير منفعة ﴿ قوله ﴾
﴿ والا قرب ان له أن يواجر اموال التجارة ﴾ هذا هو الاصح كما في جامع المقاصد لأن المقصود
بالاذن الا اكتساب وهو هنا أبلغ ولان له التصرف في الاعيان والمنافع تابعة لها ولجواز تملكها بغير
عوض تبعا للاعيان فها أولى كذا وجه في الايضاح (قلت) ولان المنفعة من فوائد المال فيجوز له
العقد عليها كالصوف والابن ولان الايجار مما يستبره التجار وقد يوجه العدم بعدم دلالة الاذن عليه
باحدى الدلالات بل الاجارة والبيع متافيان لان البيع قل العين والاجارة تقل المنفعة والامر بالشئ
يستلزم النهي عن منافيه كذا قال في الايضاح فأمل (والجواب) انها من جملة وجوه الاكتساب
﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قصر الاذن في نوع أو مدة لم يعم ﴾ وكذلك الحال في القدر والسفر وقال الشهيد
وجد بخط المصنف وقال أبو حنيفة يعم لانه زال الحجر بالاذن الخاص ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يتصدق ﴾
الامع انتفاء كراهية المولى كما في التذكرة وقد استحسنته في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا
يتفق على نفسه من مال التجارة ﴾ لانه ملك السيد وعند أبي حنيفة يجوز له ذلك (وتفيحه) أن يقال
انه ان اضطر ولم يمكنه الاستئذان فيه وفي القرض للاتفاق ولا الاكتساب كان ذلك من ضروريات
التجارة على احتمال قوي جدا ولو استأذن الحالك حينئذ فلا كلام ولو تعذر ذلك كله وبلغ حد الضرورة
كان من ضروريات التجارة بل له دفعها وان لم تكن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يعامل سيده يبع ولا شراء
خلافا للمكاتب ﴾ لان تصرفه لسيدته بخلاف المكاتب فانه يتصرف لا لسيدته لا لقطاع سلطانه عنه
وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة له أن يعامل سيده وقيد بعض الشافعية بما اذا ركبته الديون ولا

ولا ينضم ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد الى مال التجارة وهل ينزل بالآ باق نظراً أقرب به ذلك ولا يصير مأذوناً بالسكوت عند مشاهدة بيعه وشرائه واذا ركبته ديون لم يزل ملك سيده عما في يده ويقبل اقراره بديون المعاملة في قدر ما أذن له لا ازيد (متن)

ولا استحلي قوله خلافاً للمكاتب **قوله** **﴿** ولا ينضم ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد الى مال التجارة **﴾** وكذلك قبول الرمية والاخذ من معدن أو مباح لعدم تعلق الاذن به فليس له التصرف فيه الا باذنه لانه مال اكتسبه بغير التجارة فيكون للسيد والسيد لم يأذن له في التصرف ولم يسلمه اليه ليكون رأس مال التجارة **قوله** **﴿** وهل ينزل بالآ باق نظراً أقرب به ذلك **﴾** كما في التذكرة قضاء للعادة وشهادة الحال فان خروجه عن طاعة مولاه يؤذن بكراهية المولى لتصرفه حيث خرج عن الامانة وان الشارع نزله منزلة الموت ولهذا يزول نكاحه عن امرأته والموت موجب للبطلان ووجه عدم الانزال كما هو خيرة التحرير وجامع المقاصد الاصل فبتسك بصريح الاذن الى أن يتحقق الزل وان الآ باق عصيان فلا يوجب الحجر كما لو عصى السيد من وجه آخر والفرق ظاهر فانه اذا قهر المولى على نفسه فقد قهره على ما في يده والحال تشهد بأنه لم يأذن له حينئذ بالتصرف فيه وعلى القول ببقاء الاذن له التصرف في البلد الذي أبق اليه الا اذا خص السيد الاذن بهذا البلد **قوله** **﴿** ولا يصير مأذوناً بالسكوت عند مشاهدة بيعه وشرائه **﴾** اذا شاهد عبده يبيع ويشترى فسكت عنه ولم ينكر ولم يظهر منه أثر الاختيار لم يصير مأذوناً في التجارة كما لو رآه ينكح فسكت لم يكن مأذوناً في النكاح وقال أبو حنيفة يكون مأذوناً في التجارة بمجرد السكوت ويستفاد من بعض أخبارنا في باب النكاح أن السكوت اذن واجازة **قوله** **﴿** واذا ركبته ديون لم يزل ملك سيده عما في يده **﴾** ولا اعتراض للعبد ولا للفرماء على السيد وقال أبو حنيفة يزول ولا يدخل في ملك الفرماء وهو يستلزم الحال وهو وجود ملك بلا مالك له ولا من هو في حكمه **قوله** **﴿** ويقبل اقراره بديون المعاملة في قدر ما أذن له لا ازيد **﴾** كما الغنية والشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجمع البرهان ونهاية المرام والرياض وفي (المسالك والكفاية والمفاتيح والرياض) انه المشهور ومعناه انه أقرب بأن ما في ذمته لزيد مائة دينار من ثمن مبيع والحال ان المائة دينار مقدار المال المأذون فيه فيقبل اقراره لان المأذون فيه جائز له بخلاف ما سواه خلافاً للتذكرة ووفقاً للتحرير ثم انه قال في (التحرير) ان كان ما في يده بقدر الاقرار مضى منه والا كان الفاضل في ذمته يتبع به بعد العتق وظاهره أي التحرير ان سيده أذن له في التجارة والمعاملة بمائة دينار مثلاً ولم يدفع اليه شيئاً فماد ويده اغراض يدعي شراءها في ذمته وبقاء الثمن فانه يقبل اقراره في المقدار الذي أذن له فيه ويؤخذ من المال الذي في يده والفاضل يكون في ذمته يتبع به بعد العتق وعبرة الكتاب قابلة للتنزيل على ذلك لانها كعبرة التحرير وانما زيد فيه ما سمعت ووجه شهادة الحال له لان كان ذلك متقضى الاذن وان معاملته يتضررون بالصبر الى ما بعد العتق ولم يقبل وفي (جامع المقاصد) ان الاصح انه لا يمضي اقراره على المولى ومشاهدة الحال ليست حجة لشغل الذمة الحالية والتضرر يدفع بالاشهاد وليس اقرار العبد باولى من اقرار الوكيل (قلت) ان لم يقبل اقراره قبل تكون هذه الاغراض التي في يده لمولاه أو

سواء أقر لاجني أو لايه أو لابنه ولا تجوز معاملته بمجرد دعواه الاذن ما لم يسمع من السيد أو تقوم به بينة عادلة والا قرب قبول الشيع (من)

يردها على أصحاب الديون وكلامه يعطي أنها للمولى وما أشبهها بما إذا ادعى أن ما في يده ملك لزيد ودية أو غصبا فانه اقرار على ما في يده لا على المولى وقد صارت يده بالاذن كيد الوكيل ووجه علم القبول في هذا الفرض ان ما يده لمولاه ويشبه ذلك أيضا ما اذا أقر بدين اقتضته ضروريات التجارة ويحيى على ما في جامع المقاصد أن لا يقبل اقراره وعلى ما في التحرير والكتاب يجب القبول ولا يتقيد بمقدار المأذون بالتجارة فيه لأن ضروريات التجارة لا تقتصر في مقدار ثم ان المصنف في باب الاقرار من الكتاب صرح بما في التحرير قال ولو كان مأذونا في التجارة فأقر بما يتعلق بها قبل ويؤخذ ما أقر به مما في يده وان كان أكثر لم يضمنه المولى بل يتبع به بعد العتق واشتكل فيه في التذكرة وصاحب جامع المقاصد قال الاشكال في محله ثم قال لا ريب ان القبول انما هو بتدريسه في يده وقال واحترز بقوله فأقر بما يتعلق بها عما اذا أقر بأتلاف ونحوه مما لا مدخل له في التجارة فانه لا ينفذ في حق المولى أن ينزح ويحتج فكيف يصح له أن يحتل في عبارة الكتاب هنا انه اذن له في التجارة بمقدار معين ودفع اليه مالا ليتجر به ثم عاد ويده اغراض يدعي أنه اشتراها في ذمته وان دينها باق وأدعى تلف ما كان في يده وانه يقبل اقراره هنا على السيد ثم يقول انه مستبعد جدا ثم انه لم يتضح لنا قوله وليس اقرار العبد بأولى من اقرار الوكيل فانه أي الوكيل تارة يقبل اقراره وتارة لا يقبل كما فعلوه في باب ولا نطق أنهم لا يقبلون قول الوكيل في مثل ما نحن فيه فليتأمل جيدا وتام الكلام في باب الاقرار فانا قد استغننا هناك **قوله** ﴿سواء أقر لاجني أو لايه أو لابنه﴾ قال في (التذكرة) وقال ابو حنيفة لا يقبل اقراره لهما اما لو أقر بغير دين المعاملة فانه غير نافذ وكذا لو أقر غير المأذون لانه اقرار في حق المولى **قوله** ﴿ولا تجوز معاملته بمجرد دعواه الاذن ما لم يسمع من السيد أو تقوم به بينة عادلة﴾ لان الاصل علم الاذن فاشبه ما اذا زعم الراهن اذن المرتهن في بيع المرهون لانه مدع لنفسه فلا تقبل دعواه الا بينة وقال ابو حنيفة يكفي قول العبد كما يكفي قول الوكيل وفرق واضح بينهما لانه لا حاجة في الوكيل الى دعوى الوكالة بل تجوز معاملته على ظاهر الحال وأن لم يدع شيئا وهذا بخلافه فكان قياسا مع الفارق حتى مع العلم بكون ما في يده لغيره وجملة أو تقوم أو يقيم على اختلاف النسخ مطبوعة على الجملة لا على الجزوم والا لجزمت ويصير التقدير أو **قوله** ﴿سواء أقر لاجني أو لايه أو لابنه﴾ فيجوز **قوله** ﴿والا قرب قبول الشيع﴾ كما في الايضاح لان اقامة البينة لكل معامل مما يعسر وأستوجه في التذكرة عدمه قال العسر يندفع بإثبات ذلك عند الحاكم (قلت) يرد عليه مثله لان سؤال الحاكم يعسر عند كل معاملة الا ان يريد انه ينادي عليه ويعرف الناس خبره ثم انه يرد على الشيع مثل ذلك لان اخبار جماعة يشتر اخبارهم ظنا قويا متاخما للعلم عند كل معاملة مما يتعذر أو يعسر أيضا وليس مطلق الاخبار شيئا ثم انه لو ثبت الاذن بالشيع ثبت في الاذن والوكالة للحر لاتحاد طريق المستأين وهو الاذن مع ان العبودية لا تزيد الا منعها من التصرف وفي (جامع المقاصد) ان اريد قبول الشيع بحيث يحكم به على المولى لو أنكر فهو مشكل لانه سيأتي أن الشيع لضعفه

ولو عرف كونه مأذونا ثم قال حجر علي السيد لم يعامل فان قال السيد لم أحجر عليه احتمل ان لا يعامل لانه العاقد والعقد باطل يزعمه والمعاملة اخذ بقول السيد ولو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجع المشتري على السيد ولا يقبل اقرار غير المأذون بحال ولا حد وهل يتعلق بذمته نظر (متن)

لا يثبت به الملك الذي عليه يد شخص آخر فكيف يحكم به على المولى في قطع سلطنة الحجر على عبده وخروج املاكه عنه بتصرفه نعم لو اعتبرنا في الشيعاء حصول العلم بالاخبارات انجه ذلك لانه اقوى من اليقينة وان اريد جواز المعاملة بسببه بحيث يرتفع المنع فهو متجه لكن اشتراط حصول الشيعاء لجواز ذلك لا وجه له بل لا يبعد الاكتفاء بخبر الواحد العدل اذ الاصل في اخبار المسلم الصحة وقد تأكد بالعدالة بل لو أخبر من أئمه خبره الظن امكن القبول اذ ليس ذلك بأقل من خبر من يدعي الوكالة عن الغير في بيع ماله ولبس بأقل من خبر الصبي في الهدية ولو ظفرت بموافق على هذا لم أعدل عنه انتهى (قلت) مراد المصنف الاحتمال الثاني بناء على كفاية الشيعاء فيما يعسر الاطلاع عليه والعلم به وان كان غير السبعة المشهورة أعني النسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعق والولاية وهو خلاف الاصل وخلاف المشهور فالاصح عدم قبوله في المقام والا لقبول في الحر كما عرفت آنفا والاكتفاء بخبر المسلم العدل انما هو في الامور العامة كالرواية أو الخاصة المتعلقة بنفسه الا الامور الخاصة المتعلقة بغيره والاكتفاء بالظن مطلقا يقضي بالقبول لو حصل من الناسق أو الفاسقة بل لو حصل من مجرد دعواه بل قد يحصل الظن من دون دعوى ولا خبر واثبات الحكم الشرعي بمثل ذلك لا يقول به أحد سواء كان الحكم جواز معاملته أو غيرها والوكيل كما عرفت آنفا يجوز معاملته على ظاهر الحال والصبي خرج بالدليل فلا يقاس عليه غيره **قوله** ﴿ولو عرف كونه مأذونا ثم قال حجر علي السيد لم يعامل﴾ لانه اقرار على نفسه **قوله** ﴿فان قال السيد لم أحجر عليه احتمل أن لا يعامل لانه العاقد والعقد باطل يزعمه﴾ هذا أصح الوجهين عند الشافعية لانه غير قاصد الى عقد صحيح (ورد) بان الشرط لصحة العقد هو القصد اليه لا القصد اليه من حيث كونه صحيحا للقطع بصحة مبايعة من ينكر صحة بيع الغائب من العامة ولجواز المتعة بالمرثية من الخائفين وفي (جامع المقاصد) ان الاصح انه ان قصد الى العقد ولم يقصد أيقاعه باطلا صح ولا يلتفت الى قول العبد **قوله** ﴿والمعاملة اخذا بقول السيد﴾ هذا هو مذهبنا كما في التذكرة لان الحجر حق السيد ولا يعتبر رضی العبد كما لا يعتبر رضاه في ثبوت الاذن له اذا اذن له فلا يعتد بمخالفته لان السيد أحق بنفسه منه **قوله** ﴿ولو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجع المشتري على السيد﴾ لان العقد له والعبد نائب عنه وعبارته مستعارة فكان السيد هو البائع والقابض للثمن والحاصل ان العبد لم يقبضه الا للسيد ويده ضمان **قوله** ﴿ولا يقبل اقرار غير المأذون بحال ولا حد﴾ قد قدم أن اقراره بالمال لا يقبل لانه اقرار في حق المولى واما الحد فيأتي قريبا انه لا يقبل اقراره فيه وقد يوجد في بعض النسخ في مال لا حد بدون واو وهذا القيد يمنع العموم لان المال المقرب له نحو المسجد والبقعة لا يقبل اقراره فيه **قوله** ﴿وهل يتعلق بذمته نظر﴾ أقربه التعلق كما هو خيرة في التذكرة وباب الاقرار من الكتاب وخيرة ولده في الايضاح وفي (جامع المقاصد) انه الحق قلت هو خيرة اقرار المبسوط والسرائر والجامع والشرائع

ولا يقبل اقرار المأذون وغيره بالجناية سواء اوجبت قصاصا او مالا ولا بالحد (متن)

والتحريير والارشاد والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك ونهاية المرام والكفاية للقطع بكونه كامل التصرف لولا حق المولى فلا تخرج بذلك عبارته عن الاعتبار فتعد لغوا ولعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز والعبد منهم فيواخذ به بعد العتق وقال في اقرار الكتاب لو قيل كان وجها فكانه متردد كما هنا وستعرف وجه تردده  قوله  ﴿ولا يقبل اقرار المأذون وغيره بالجناية سواء اوجبت قصاصا او مالا﴾ كما في التذكرة والتحريير وجامع المقاصد واقرار الكفاي والجامع والشرائع والنافع والكتاب وقصاص الكتاب وفي (اقرار المبسوط) لا يقبل اقراره بحد عندنا وفي (الخلاف والفنية) الاجماع على انه لا يقبل اقراره بما يوجب جناية على بدنه وفي (التذكرة وجامع المقاصد) الاجماع على انه لا يقبل اقراره بعقوبة ولا مال ونفي عن ذلك الخلاف في المسالك وفي (الكفاية) انه لا يعرف فيه خلافا لانه اقرار في حق مولاه وقد مثل ابو محمد الواشي مولانا الصادق عليه السلام عن قوم ادعوا على عبد جناية تحيط برقبته فاقر العبد بها فقال عليه السلام لا يجوز اقرار العبد على سيده فما رواه العامة عن أمير المؤمنين عليه السلام انه قطع عبدا باقراره فمنوع وقال في (التذكرة) انما قطعه بالينة ومعنى عدم قبول اقراره انه لا يقتص منه ما دام مملوكا ولا يطالب بالمال سواء كان مأذونا في الاستدانة والتجارة أولا فاذا اعتق فان كان الاقرار يوجب القصاص استوفي من العبد بما يقتضيه اقراره كما في التذكرة وجامع المقاصد ولم يفت في اقرار الدروس بشي قل وقيل يتبع بالجناية ايضا ولعله أشار الى ابن أدریس في السرائر وفي اقرار (جامع المقاصد) لا أرى به بأسا الا في الحد لانه مبني على التخفيف ودرته بالشبهة وقد فهم ذلك من اطلاق عبارة اقرار الكتاب ولم يظهر لي ذلك منها بل لاشعار فيها بذلك ووجه أخذه باقراره انتفاء المانع وانه يؤخذ به في المال كما يأتي ووجه العدم سقوط ما وقع منه من الاقرار شرعا ولانه ربما كان غرضه من الاقرار تغريم المولى أو ادخال النقص على المولى بقلة الرغبة فيه وان كان الاقرار بما يوجب المال فانه يتبع به اذا اعتق وايسر بخلاف المحجور عليه للسفه فانه لا يلزمه حال الحجر ولا بعد فكه لان ذلك تضييع للماله في أحسن احواله وهذا انما رددنا اقراره لحق سيده فاذا زال حقه وملك المال الزمناه حق اقراره وهو المحكي عن المبسوط وخيرة اقرار جامع المقاصد وحجبه وقد عرفت أننا المصريح بذلك فيما اذا أقر بالمال وفي اقرار الكتاب لو قيل به كان وجها (حسنا خل) ولعله لان في نفوذه بعد العتق قصصا على المولى لقلة الرغبة فيه لان ضمان شي في حال الحرية يزاحم الارث بالولاء (وفيه) ان ذلك لا ينظر اليه اذ مجرد حصول الحرية مظنة التصرفات المانعة من الارث بالولاء أو المنقصة له وأما اقراره بالخطأ فنحننا انه لا يقبل اقراره لانه اقرار في حق مولاه كما في التذكرة  قوله  ﴿ولا بالحد﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وقد سمعت ما حكيناه عن المبسوط وما ذكر بعده أننا من الاجماع وفي حدود الكتاب انه ان أقر بالزنا لم يحكم عليه بشي وانه ان أقر بالسرقه لا يقبل اقراره وفي (الخلاف) الاجماع عليه في الثاني أي ما اذا أقر بسرقة وقال مولانا الصادق عليه السلام في صحيح الفضيل اذا أقر العبد على نفسه بالسرقه لم يقطع وخصه الصدوق بمن يريد الاضرار بسيده لما في حسته ضرب بس عن أبي جعفر عليه السلام ان العبد اذا أقر على نفسه عند الامام مرة قطعه وهو شاذ قد حمله الشيخ على اذا انضاف الى الاقرار الشهادة

ولو صدقه المولى في ذلك فالأقرب النفوذ **﴿ الفصل الرابع في المريض ﴾** ويحجر على المريض في التبرعات كالهبة والوقف والصدقة والمحاباة فلا تمضي إلا من ثلث تركته وإن كانت منجزة على رأي (متن)

ويتبع بالمال بعد الحرية كما في التذكرة والتحرير ونفى عنه العبد في جامع المقاصد وهو خيرة حدود الكتاب وهل يقطع وجهان من ارتفاع المانع ومن اندرائه ابتداء وهو الذي رجحه في اقرار جامع المقاصد وأما في حد الزنا فقد قرب في الكتاب الثبوت لزوال المانع وهو كذلك ووجه احتمال عدم انه أقرحين لم يكن عبرة باقراره فهو كما اذا أقر صبيًا ثم بلغ والفرق واضح وقد بينى الوجهان على أن تعلق حق المولى به مانع السبب كالأبوة المانعة من القصاص والرضاع المانع من النكاح أو مانع الحكم كالدين المانع من وجوب الخس في المكاسب والظاهر انه من قبيل الثاني لأن تعلق حق المولى لا يخل بحكمة السبب وإنما يناقضها مع بقاء الحكمة في الحدود فهو كالحليلة الموطوءة بشبهة فإن عدتها لا يحرّمها على زوجها وإن حرّم موطؤها لمكان العدة **﴿ قوله ﴾** **﴿ ولو صدقه المولى في ذلك فالأقرب النفوذ ﴾** أشار بقوله في ذلك الى ما سبق من القصاص والحد وما قر به هنا خيره في التذكرة وحدود الكتاب في الزنا والسرقة جازما به فيهما وفي (قصاص الكتاب) انه الأقرب كما هنا وفي اقراره جزم بالجميع أعني قبول اقراره بالمال والحد والجناية بأقسامها وفي (اقرار الفرية والسرقة) نفى الخلاف في ذلك وفي (المسالك والكفاية) انه لا اشكال في ذلك لا تنفاه المانع وإن الحق لا يمدوها ويحتمل ضميفا لعدم لاحتمال سلب الاهلية ولأن المولى لا يملك ثبوت الحد والقصاص عليه وليس بشيء لأن المثبت اقراره وقد زالت مانعية حق المولى بتصديقه وتعام الكلام في هذه المسائل في باب الاقرار **﴿ الفصل الرابع في المريض ﴾** **﴿ قوله ﴾** **﴿ ويحجر على المريض في التبرعات كالهبة والوقف والصدقة والمحاباة فلا تمضي إلا من ثلث تركته وإن كانت منجزة على رأي ﴾** مشهور كما في المذهب البارع وهو الاظهر في فتاوي أصحابنا كما في ايضاح النافع وعليه الفتوى كما في التنقيح وعليه عامة المتأخرين كما في حبر المسالك والاكثر ومآثر المتأخرين كما في وصاياه وعليه المتأخرون كما في غاية المراد وجمع البرهان والنصوص به متواترة كما في جامع المقاصد (١) وفي موضع آخر منه انه قد دلت عليه صحاح الاخبار وفي (المفاتيح) ان الاخبار به أكثر وأشهر وقد حكاه المصنف في المختلف والشهد في غاية المراد عن الصدوق وأبي علي والشيخ في المبسوط وظاهر كلام الشيخ في الخلاف وتبعهما من تأخر عنهما في الحكاية عن هؤلاء وستعرف الحال في ذلك كله نعم لا ريب ان المحقق ومن تأخر عنه مطبقون على ذلك

(١) اقول قد تبع المصنف على نسبة دعوى التواتر الى جامع المقاصد تلميذه صاحب الجواهر ونحن قد تأملنا عبارة جامع المقاصد فوجدناه لم يدع ذلك وان أوهمه عبارته في بادي النظر وهي قوله في مسألة من أوصى بمتى مملوكه وعليه دين أن نفوذ تصرفات المريض في الثلث ثبت بالنص تواترا الى آخره فانه لا يبعد ظهورها في ارادة التصرف بالأبصار ويؤيده عدم دعواه التواتر في باب الوصايا الذي بسط فيه الكلام في المنجزات مع أنه اخرج اليها ولا في باب الحجر واقتصر على دعوى دلالة صحاح الاخبار (لمحرره محسن الحسيني العاملي)

الامن ستعرفه لكن المحقق والمصنف والشهيد في موضع من النافع والارشاد وغاية المراد وموضع من المسالك لم يرجحوا واحدا من القولين وكذا الشيخ في موضعين من المبسوط أحدهما باب الوقف والراوندي في فقه القرآن وفي عتق الغنية العتق في مرض الموت من أصل التركة ان كان واجبا وان كان تبرعا فهو من الثلث وقد يظهر منه دعوى الاجماع عليه وقد يتوهم من ذلك انه يخالف ما يأتي من ان المنجزات من الاصل وليس كذلك لان هذا في الوصية وبمثل ذلك قال في الخلاف وصرح بانه في الوصية (والقول) بأنها أي المنجزات من الاصل خيرة (الكافي والكليني خ) (١) والفقير والمقنعة والانتصار والتهذيب والاستبصار والنهاية والخلاف في مواضع منه الهبة والشفعة والوصايا والمبسوط في موضع منه والمهذب فيما اذا اعتق في الحال والوسيلة والغنية في موضعين منها والسرائر في ثلاثة مواضع وجامع الشرائع في باب الوقف وكشف الرموز ومجمع البرهان في باب الحجر والكفاية والوافي والوسائل والهداية والرياض وهو المحكي عن الكليني والقاضي أيضا ولعل وجه حكايته عن ثقة الاسلام هو انه عقد باب صاحب المال أحق بماله مادام حيا ثم ساق الاحاديث الدالة عليه خاصة ولم يذكرا شيئا من روايات القول الآخر وهو لازم لسائر كما ستسمع وهو ظاهر نكت النهاية وفي (كشف الرموز) انه مذهب الاكثر وفي (الرياض) انه المشهور بين القدماء ظاهرا بل لعله لاشبهه فيه جدا وفي موضع من السرائر انه الصحيح من المذهب التي تقتضيه الاصول وفي موضع آخر وهو باب الوصية قال انه الاظهر في المذهب وعليه الفتوى وبه العمل لان للانسان التصرف في ماله وثقة جميعه في مرض الموت بنظر خلاف وفي (هبة الانتصار والغنية) الاجماع عليه وهو أي الاجماع ظاهر مهور السرائر أيضا كما ستسمع قال في (الانتصار) بما انفردت به الامامية ان من وهب شيئا في مرضه الذي مات فيه اذا كان عاقلا مميزا تصح هبته ولا يكون من ثلثه بل يكون من صلب ماله وخالف باقي الفقهاء في ذلك وذهبوا الى أن الهبة في مرض الموت محسوبة من الثلث (دليلنا) الاجماع المتردد ومثله معقد اجماع الغنية بدون تفاوت وقال في (مهور السرائر) والصحيح من المذهب ان العطاء المنجز في حال مرض الموت يخرج من أصل المال لان الثلث لانه لا خلاف ان له أن ينفق جميع ماله في حال مرضه فلو كان ما قاله بعض أصحابنا صحيحا لما جاز ذلك ولما كان تصح منه الثقة بحال انتهى وتدل عليه الاخبار الكثيرة وقد عقد له في الوافي بابا ومرد فيه أحد عشر خبرا (منها) الموثق المروي في الكتب الاربعة عن ابن أبي عمير عن مرازم عن عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به فان تعدى فليس له الا الثلث كما في الفقيه وبعض نسخ الكافي وفي (التهذيب) فان قال بعدى مكان فان تعدى وهو أوفق بقوله يبين فانه من الابانة وهي العزل عن ماله وتسليمه الى المعطى له في مرضه وفي بعض نسخ الكافي هكذا قال قلت له الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به قال نعم فان أوصى به فليس له الا الثلث وهو المناسب لما في التهذيب وفي (الخبر) الصحيح الى صفوان عن مرازم

(١) الموجود في بعض النسخ وهو خيرة الفقيه والمقنعة الى آخره ولعلها هي الاصح فانه سينسب ذلك الى الكليني بطريق الحكاية عنه وأما الكافي فان اريد به كتاب الكليني فلا يجتمع النقل عنه مع النقل عن الكليني وان اريد به كلتي ابي الصلاح فكان اللازم تأخيرها عن الكتب التي بعده مما هو متقدم عليه في الزمان كما هي عادة الشارح قائل (لمحرره محسن)

عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه قال اذا بان فيه فهو جائز وان أوصى به فهو من الثلث وفي (الحسن) بإبراهيم عن أبي شعيب الحمالي عن أبي عبد الله عليه السلام قال الانسان أحق بماله مادامت الروح في بدنه وفي (خبر) أبي بصير ان لصاحب المال أن يعمل به ما شاء مادام حيا ان شاء وهبه وان شاء تصدق به وان شاء تركه الى ان يأتيه الموت فان أوصى به فليس له الا الثلث اني غير ذلك من أخبار الباب المذكورة في الوافي ويدل عليه أيضا غير أخبار هذا الباب صحيحة محمد بن مسلم في التقيہ والتهديب عن أبي عبد الله عليه السلام قال سأله عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث قال يعضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي وحسنه في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق مملوكه في مرضه فقال ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق وهاتان واضحتان سنداً ودلالة ولعل الثانية أوضح دلالة بحيث لا مجال للمناقشة فيها فلا تلتفت الى ما قاله الشيدان والمحقق الثاني والكاشاني من أن الأخبار به غير صحيحة ولعل هذا هو الذي جراحهم وغيرهم على المخالفة لقدماء الأصحاب المأثورين بالسيرة واستمرار طريقة الشيعة ومنهم خرجت الأخبار وبهم عرفنا السيرة والآثار مضافا الى ما سمعته من الاجماع والشهرة في المتقدمين المتقدمة في مثل المقام على الشهرة المتأخرة مضافا الى الاصل بثلاثة معان والاستصحاب واصالة صحة المقود وأدلة تسلط الناس على أموالهم عقلا ومثلا كتابا وسنة واجماعا وعموم أدلة صحة المحبة والعتق والمحاباة مثالا لو فعلها في مرضه مضافا الى اطباق العامة على القول بأنها من الثلث كما في الانتصار والمبسوط والسرائر وظاهر الغنية والتذكرة والرشد في خلافهم فالأخبار المخالفة وان صح بعضها تحمل على التقيہ أو على الوصية أو على الاستحباب وان الأولى ترك المال للورثة مع عدم صحيح صريح في كونها كالوصية (ومنها) صحيحة علي بن يقطين قال سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته قال الثلث والثالث أكثر وصحيحه يعقوب بن شعيب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله فقال ثلث ماله وللرأة أيضا ونحوه صحيحة أبي بصير وفي رواية عبد الله ابن سنان باسناد فيه محمد ابن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام قال للرجل عند موته ثلث ماله وان لم يوص فليس على الورثة امضاؤه وهذه الأخبار قابلة للحمل على الوصية كما قاله الشيدان وغيرها وفي الاخير اشعار أو ظهور بذلك على ان الاول والثالث قابلان للحمل على التقيہ لمكان علي بن يقطين وعبد الله بن سنان وأما خبر علي بن عتبة عن الصادق عليه السلام في رجل حضره الموت وأعتقه بمسوكا ليس له غيره فآبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه قال ما يعتق منه الا ثلثه وسائر ذلك الورثة أحق به ولهم ما بقي وهذه وان كانت متضمنة للعتق خاصة الا أنه لكونه سببا في التغليب يفيد حكم غيره بطريق أولى والقول بأنها مخصوصة بالعتق خرق للاجماع المركب اذ لا قائل بالفصل كما في غاية المراد فيمكن حمله على الوصية لان حضور الموت قرينة منه من مباشرة العتق ويجوز نسبة العتق اليه لكونه سببه القوي بواسطة الوصية لكن في كشف الرموز ان الخير مخصوص بالعتق فلا يعم ولعله نظر الشيدان اليه ومثله خبر الحسن بن الجهم وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال ان أعتق رجل خادما ثم أوصى بوصية أخرى ألغيت الوصية وأعتق الخادم من ثلثه الا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية ولا يخفى ان قول الراوي أعتق لعله ظاهر في أنه أوصى بالعتق كما يشهد له قوله ثم أوصى بوصية أخرى وقد وقع اطلاق الاعتاق على الوصية في بعض عبارات الأصحاب كالحلاف والغنية وغيرها وفي صحيحة

عبد الرحمن الطويلة وجعل ذلك قرينة صارقة عن المعنى الحقيقي للاعتاق وهو المنجز الى الاعم منه ومن الوصية ليس بأولى من جعلها صارقة الى المجاز الاخص وهو الوصية خاصة والاصل والظواهر ترجح الثاني وأما خير أبي ولاد (قبحه) ان مضمونه لا يقول بأحد كما في المسالك لان الابرار بما في القصة صحيح بالاجماع كما في المسالك أيضا دون حبه والحكم في الخبر بالعكس حيث قال في الرجل يكون لامرأته عليه دين قبرؤه منه فقال بل تبيه وأما ما استدلوا به من الاعتبار من أن العطية المؤخرة عن الموت لا تنفذ الا من الثلث فكذا المتقدمة مراعاة لجانب الورثة فهو مبني على العلة المستنبطة مع انه قياس مع الفارق لان الانسان مادامت فيه الروح يحرص على المال ويخاف الفقر ولا كذلك الوصية بعد الموت وبه يجاب عن قولهم لولا كون المنجزات من الثلث لاختلفت حكمة حصر الوصية في الثلث لانه لولا ذلك لالتجأ كل من يريد الزيادة في الوصية على الثلث الى العطايا المنجزة فتختل الحكمة وأنت خير بأن الخوف من البرء يمنعه عن الزيادة بخلاف ما بعد الموت فلا اختلال وهذا حاصل بالوجدان ثم على تقدير كون العلة منصوصة في الدليل الاول فهو منقوض بالصحيح مع انسحاب الدليل وهو النظر الى الورثة والشفعة عليهم فينبغي أن يحجر عليه أيضا والفرق بان المال حال المرض في قوة ملك الورثة في الحال بخلاف الصحيح فقير صحيح فكم من مريض عاش أكثر من صحيح على انه ربما كان في حال الطاعون أو المرامات التي يغلب معها الظن بالتلف أبلغ من المرض واستوضح ذلك في الوصية فان الشارع لم يفرق بينها بين الصحيح والمريض فمنهما الا من الثلث ولما كانت منجزات الصحيح من الاصل ولا حجر فلتكن كذلك في المريض ولعل هذا أنسب بالحكمة اذ ليس يبعد أن يكون الوجه في الفرق بين الوصية والتنجيز سهولة اخراج المال بعد الموت على النفس حيث يصير للغير فيمنع من التجري عليه مع حفظه له وشحه عليه لما كان حقه وماله وهذه الحكمة ليست حاصلة في الحي صحيحا كان أو مريضا لان البرء ممكن بل المريض لا ينقطع رجاؤه من الحياة الى حال الاحتضار والشح بالمال حينئذ بالجملة حاصل فيكون كتصرف الصحيح حينئذ بماله لا اله غيره (ثم ان الضابط) عندم في المنجزات التي هي محل الخلاف انها ما استلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض والمشهور عندم على الظاهر انه لا يشترط في حصول المرض أن يكون مخوفا للمومات من غير تخصيص كما هو خيرة المحقق والمصنف والمقداد وغيرهم وما نسب الخلاف الا الى الشيخ في المبسوط لرواية علي بن يقطين المتقدمة فان فيها عند الموت وذلك لا يكون الا بأمانة الموت وحمله على ان معناه اذا حصل الموت وهو أعم من الخوف وغيره فعلى هذين الاصلين أعني الضابط والمشهور يجب على كل من مرض أن يأخذ طامورا ويكتب فيه جميع ما يهديه الى الطبيب وما يتصدق به طلبا للعافية وما يصل به رحمه وما يتحف به العائدين له من بلد الى بلد من كسوة واطعام كما هو متعارف في بعض البلدان الى غير ذلك مما نعلم أن أصحاب هذا القول لا يعملون به الا أن تقول ان هذا مستثنى وان أطلقوه ولم يصرحوا به وعلى تفصيل الشيخ في المبسوط يرون الخطب في الجملة وينبغي أن يستثنوا مهر مثل المنكحة بالمقدار الصحيح مع الدخول كما هو ظاهر المبسوط وصرح المصنف وقد تردد فيه المحقق وان يستثنوا ما باعه بثلث الجريان العادة به ويجوز على قولهم قيام احتمال كون ذلك من الثلث لتعلق غرض الورثة بأعيان الاموال ككتب العلم ونحوها وهو اختيار المصنف لكنه قال اذا أوصى ببيعته كان من الثلث وفي الفرق نظر اذ الاعيان ان اعتبرت كانت من الثلث فيهما والا فمن الاصل فيهما وما اذا أعار ماله فانه قد فوت عليهم أجرته وما اذا خصص بعض

الفرما بالايضا لانه اخراج لبعض ماوجب عليه مع احتمال العدم لتساويهم في الاستحقاق لكنه ضعيف وما نذره في مرضه لعموم ما دل على اخراج كل واجب من الاصل لكن الاقوى على قولهم العدم كتملق النذر بمال ممنوع منه وما اذا زوجت المريضة نفسها بدون مهر المثل فانه يرثها فتكون قد فوتت بعض المال بدون عوض مقابل ولذلك ونحوه جعل في غاية المراد في المسئلة قولنا ثالثا وهو كونها من الثلث الا في مواضع بل له ذلك كله لكنهم ما بهم اختلفوا في الاقرار على أقوال شتى مع ان كل من قال ان المنجزات من الاصل يلزمه القول بكون الاقرار من الاصل وكذلك كل من قال انها من الثلث يلزمه القول بأنه من الثلث كما قاله في المذهب البارع لكننا قد تأملنا في ذلك في باب الاقرار وأوضحناه فليراجع وكيف كان فما بال أصحاب هذا القول اختلفوا على أقوال والاكثر منهم انه من الاصل مع عدم التهمة ومعها من الثلث الا أن قول انما قادهم الى ذلك ضرورة الجمع بين الاخبار (قلت) ليس في أخبار هذه المسئلة ما يدل على انه مع التهمة يكون من الثلث نعم في الصحيح عن امرأة استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له ان المال الذي أودعته اباك فلانة وماتت المرأة وأتى أولياؤها الرجل فقالوا انه كان لصاحبنا مال ولا نرى مالها الا عندك فأحلف لنا مالنا قبلك شيئا يحلف لهم فقال ان كانت مأمونة فيحلف لهم وان كانت متهمة فلا يحلف ويضع الامر على ما كان قائما لها من مالها تلكه أشعار بذلك اذ وضع الحق على ما كان ظاهر في عدم نفوذ الاقرار في شيء مطلقا ولا ينافيه التعليل بأنها لها من مالها تلكه لعدم تصريح فيه ولا ظهور في النفوذ من الثلث نعم ربما كان فيه اشعار مابه ويبقى الكلام في بيان وجه التعليل ويمكن بانه واحتمال عود ضميرها الى فلانة بعيد جدا فلم يكن في الاخبار ما يدل صريحا أو ظاهرا على انه ينفذ من الثلث مع التهمة الا أن قول قد اتفقت كلمهم على أن المقر له لا يحرم كما يستفاد من الاقوال في المسئلة واتفقت على اعطائه من الثلث مع التهمة وان اختلفت في الزيادة عليه على أقوال وحينئذ يمكن الاستدلال عليه بمفاهيم الاخبار الآتية كصحيحة منصور والموشة وكيف كان قد واقفوا أصحاب القول الثاني فيما اذا كان مأمونا (فان قلت) هذا مشترك الا لزام فان الشيخ في النهاية فصل في الاقرار بين التهمة وعدمها في الاخراج من الاصل والثلث وكان الواجب أن يقول من الاصل مطلقا بناء على ما اختاره في المنجزات فكان موافقا لذلك القول فيما اذا كان متهما (قلت) هو الشيخ في النهاية لا غير لان كانت متون أخبار والا فهذا ملار وابن ادریس وكاشف الرموز على انه من الاصل وهو ظاهر اطلاق الخلاف والغنية مدعين عليه الاجماع وبعد ذلك كله قد يقال في ترجيح القول الاول ان القائل بالثاني قليل اذ الصدوق والشيخ قد اختلفت فتاواهما فانحصر الخلاف في المفيد والسيد بن القاسي وابن حمزة وابن ادریس وكاشف الرموز وهو من المتأخرين وظاهر الكليني ويوهن اجماعاتهم مصير المتأخرين عنهم الى خلافها ولو كان الامر كما ذكره ما خفي عن المتأخرين لانه ليس من الاحكام النادرة الوقوع مضافا الى ضعف اخباره ثم انها عامة وأخبار القول الاول خاصة والخاص مقدم مضافا الى أخبار العتق وأخبار الاقرار في مرض الموت وانه من الثلث ان كان متهما اذ لو لم يكن محجورا عليه لما احتاج الى الاتهام مضافا الى ما ذكره من موافقة الاعتبار (هذا) أقصى ما يمكن أن يقال في ترجيح القول الاول وأنت قد عرفت الحال في ذلك كله فليس هناك دليل يوجب على الفقيه المصير اليه بحيث ينحصر أصول المذهب وقواعد الشريعة واستمرار السيرة مضافا الى اعتضادها بالاخبار الصحيحة الصريحة المخالفة لجميع العامة الغير القابلة للتأويل

بشرط موته في ذلك المرض واقاراه كذلك ان كان متهما والا فمن الاصل سواء كان لاجنبي
او لوارث على رأي (متن)

المتضدة بالشهرة المألومة والمنقولة بين المتقدمين المتعاضدة بالعمومات كتابا وستة وبالاجاعات المتكررة
من الدين لا يعملون الا بالقطعيات وناهيك بعم الهدى حاكيا وناقلا وبالاختبار كما يتناه مع التأيد بأنها
لولا صحتها لما ألزمت بالبرأ والتالي باطل اجماعا مستفيضا والاتجاء الى القول بأن البرأ كاشف عن
الصحة والزوم والموت كاشف عن البطلان فرع وجود دليل على ذلك حتى نخرج به عن الاصول
ونجمله كالفصولي مضافا الى جميع ما يلزم ذلك القول من استثناء ما عرفت أفبعد هذا من توقف ولا
أقل من التوقف والاحتياط (ويانه) انه ان كان في الورثة يتيم جعلناها من الثلث وان كانت العتية والمبة
ليتم قلنا انها من الاصل لان الفقيه اذا كان متوقفا كان في العمل والفتوي مخيرا مع أولوية ترجيح
جانب الاحتياط ﴿ قوله ﴾ ﴿ بشرط موته في ذلك المرض ﴾ فلو بري من مرضه ذاك ثم مات
في مرض آخر نفذت اجماعا مستفيضا في كتب الاستدلال بل هو منقول في الشرائع ﴿ قوله ﴾ ﴿
واقاراه كذلك ان كان منها والا فمن الاصل سواء كان لاجنبي او لوارث على رأي ﴾ في المسئلة
أقوال هذا أحدها وقد نسب الشيد الثاني والخراساني والكاشاني الى الأكثر وهو خيرة الشيخ في
النهاية والقاضي والمحقق في الشرائع والمصنف في كتبه في عدة مواضع من بعضها والشهيد في الدروس
واللمعة والروضة والمسالك والمحقق الثاني في عدة مواضع من جامع المقاصد وغيرهم وقد نسب الشيد
الثاني وغيره الى المفيد وقد عرفت مستندهم في الشق الاول والحال فيه وأما الشق الثاني فاستندوا فيه
الى صحيحة منصور بن حازم عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه دينا فقال ان كان الميت مرضيا
فاعطه الذي أوصى له ونحوه الموثق وقد يستدل بمفهومه على الشق الاول لانفقاد الاجماع على انه لا يحرم
فيتعين أن يكون اعطاؤه لامن الاصل والا لا يحد المنطوق والمفهوم (واقول الثاني) انه أي الاقرار
ينفذ من الاصل في الوارث والاجنبي مطلقا وهو خيرة الكافي والمراسم والغنية والسرائر والجامع وكشف
الرموز وفي (اقرار السرائر) الاجماع عليه واستدل لهم عليه في وصايا السرائر بان الاجماع منعقد على ان
اقرار العقلاء على أنفسهم جائز واستدل عليه غيره بانه باقراره يريد ابراء ذمته من حق عليه في حال
الصحة ولا يمكن التوصل اليه الا به فلو لم يقبل اقراره بقيت ذمته مشغولة وبقي المقر له ممنوعا من حقه
وكلاهما مفسدة فقبول قوله أوفق بمقتضى الحكمة الالهية (وقد يقال) ان العموم مخصوص بالاخبار المتقدمة
في الشقين والتعليل قد يمنع باحتمال مجرد حرمان الورثة مع عدم كون ذمته مشغولة بشي والا نضاف
ان هذا القول ظاهر الخلاف أو صريحه كما فهمه ابن ادريس وكاشف الرموز لا كما فهمه منه في المختلف
كما ستسمع قال في (الخلاف) اذا أقر بدين في حال صحته ثم مرض فافر بدين آخر في حال مرضه
نظر فان اتسع المال لهما استوفيا معا فان عجز المال قسم الموجود منه على قدر الدينين وحكاه أيضا عن
المبسوط (الثالث) أنه يمضي من الاصل مع العدالة واتقاء التهمة مطلقا ومن اثنان مع عدم الشرطين مطلقا
وقد نسب في غاية المراد الى الشيخ في النهاية والقاضي ورواية الصدوق في الفقيه والموجود في النهاية
اقرار المريض جائز على نفسه للاجنبي والوارث اذا كان مريضا موثوقا بعدائه فان كان غير موثوق
به وكان متهما فان لم يكن مع المقر له بينة أعطي من الثلث وهذا يصدق ما حكيناه أولا عن الشيخ في

وإذا مات حل ماله من الديون دون ماله على رأي والأقرب إلحاق مال السلم والجناية به (متن)

النهاية والقاضي والظاهر أن مراده من الموثوق بهدائه غير المتهم وما أشار إليه في رواية الفقيه فهي صحيحة منصور بن حازم وقد سمعنا آقا وقال المحقق الثاني أن تصريح بعض الأصحاب باعتبار المدالة محل تردد وليس في الأخبار ما ينهض حجة على اعتبارها (قلت) المصنف في التذكرة قوى اعتبار المدالة وجعلها هي الرافعة للهمة ولعله فهمه من خبر منصور من قوله عليه السلام أن كان الميت مريضا ولمل الأولى حمل التهمة على معناها وهو الظن المستند إلى القرائن الحالية والمقالية الدال على أن المريض لم يقصد الأخبار بالحق وإنما قصد تخصيص المقر له أو منع الوارث والتهمة بهذا المعنى قد تجماع المدالة لأن مناطها الظن بما ذكر وهو لا يرفع المدالة الثابتة التي لا تزول بالظن (الرابع) أنه أن كان عدلا مضي من الأصل والأقرب الثلث (الخامس) تعميم الحكم للأجنبي بكونه من الأصل وتقييد ذلك في الوارث بعدم التهمة فإن كان منها كان بحكم الوصية وهو قول ابن حمزة في الوسيلة (السادس) التفصيل بالهمة وعدمها للأجنبي في المضي من الثلث والأصل والوارث من الثلث مطلقا وهذا للمحقق في النافع وأعترف المقداد بعدم معرفة قائل به غيره قلت قد وافقه بعد المقداد صاحب إيضاح النافع (السابع) أنه يمضي من الثلث في حق الوارث مطلقا وهو قول الصدوق في المتعم (الثامن) قال الشهيد أطلق الشيخ في الخلاف محاصة الأجنبي للديان إذا قرله في المرض وصحة الإقرار للوارث ولم يبين كيفيته قال شيخنا يعني المصنف في المختلف مراده ما فصله في النهاية وهو رد على ابن إدريس حيث قال أنه رجع عن ذلك في الخلاف فليتأمل في كون ذلك قولاً وقد سمعت ما استظهرناه من الخلاف (التاسع) ما قاله المفيد في المتعم من أنه أن أقر بدين كان إقراره ماضيا عليه أي من الأصل وإن كان عليه دين محيط بما في يده فأقر بان ما في يده ودية قبل إقراره أن كان عدلا مأمونا وأن كان منهما لم يقبل إقراره وقال أن الوارث والأجنبي سواء (العاشر) قول القاضي في السكافي إذا كان الإقرار من حر كامل العقل سليم الرأي مريضا كان أو صحيحاً فإن كان مبتدأ أي من دون تقدم دعوى وكان غير مأمون لم يمض إقراره وأن كان مأمونا مضي إقراره انتهى قد جعل المدار في الصحة والبطالان على التهمة وعدمها من دون فرق بين الصحيح والمريض فليتأمل فإنه مخالف لما عليه الأصحاب فإن إقرار غير المأمون نافذ إلا أن يكون مريضا والأخبار في المقام كأنها متشابهة فهي صحيحة الحلبي عن رجل أقر لوارث بدين في مرضه أبجوز ذلك قال نعم إذا كان مليا وقد سمعت خبر منصور حيث قال عليه السلام فيه إذا كان مريضا ونهوه الموثق وفي صحيح إسماعيل بن جابر قال مثلث أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين عليه قال يجوز عليه إذا أقر به دون الثلث وفي صحيح أبي ولاد مثله من دون تفاوت إلا أنه قال فيه يجوز ذلك ولم يتعرض فيه لثلث ولا لما دونه وصاحب إيضاح النافع قال المراد من قوله عليه السلام إذا كان مليا ما كان دون الثلث قلت لعل المراد إذا كان الوارث الذي أقر له مليا لأن ملائته قرينة على صدقه أو المقر ويكون المراد مليا بالصدق والأمانة مجازا أو في الثلث وما دونه بأن تبقى ملائته بالثلثين بعد الإقرار بالثلث وعن الصحاح ملو الرجل صار مليا أي ثقة وتعام الكلام في المسئلة وفروعها في باب الإقرار - قوله - وإذا مات حل ماله من الديون دون ماله على رأي والأقرب إلحاق مال السلم والجناية به - أما حلول ما عليه فعليه أجماع

ولا يحمل المؤجل بالحجر وديون المتوفى متعلقة بتركته وهل يكون كتعلق الارش برقبة الجاني أو كتعلق الدين بالرهن احتمال (متن)

الفرقة بل أجماع المسلمين وخلاف الحسن البصري قد انقرض كما في الخلاف وبلا خلاف الا من الحسن البصري كما في الغنية وعليه الاجماع في جامع المقاصد والظاهر انه لا خلاف فيه كما في الكفاية وبه طفت عباراتهم في المقام وفي باب الفس حيث قالوا لا تحمل ديونه المؤجلة بالتصجير عليه بخلاف الميت ولا فرق في دينه بين مال السلم والجنابة المؤجلة عليه وغيرها عملا باطلاق النصوص والاجاعات والفتاوى وكون أجل السلم يقتضي قسما من الثمن وأجل الجنابة بتعيين الشارع وبه يتحقق الفرق بين الجنائيات لا يدفع عموم النص فقي خبر ابي بصير اذا مات الرجل حل ماله وما عليه من الدين وفي خبر السكوني انه قال اذا كان على الرجل دين الى اجل ومات الرجل حل الدين وفي مضمره الحسين ابن سعيد اذا مات قد حل مال القارض وقد وسها في الكفاية بالصحة وهي كذلك لولا الاضرار وعموم تأجيل الدية ومال السلم لا يعارض هذه العمومات أعني عمومات حلول الدين كما في الايضاح لأنها خاصة بالنسبة اليه لان الدية ومال السلم فردان من الدين ولو تم ذلك لكان طريقا الى بقاء الاجل في كل فرد وفي (الايضاح وحواشي الشهيد) أن الاقوى أن مال السلم لا يحمل بموته واما عدم حلول ماله من الدين ففي الخلاف أنه لا خلاف فيه بين المسلمين وفي (الغنية) نفي الخلاف فيه وهو خيرة المبسوط وجمهور من تأخر عنه وفي (النهاية) أنه يحمل ماله وبه قال أبو الصلاح والقاضي والطبرسي حكاه عنهم في المختلف استنادا الى خبر ابي بصير وقد سمعته وأنه كما لو مات من عليه والرواية ضعيفة مرسلّة والفرق بين موت من عليه ومن له انا ان أمرنا الورثة بالتصرف لزم الضرر على صاحب الدين والميت وأن منعناهم لزم الضرر عليهم فوجب القول بالحلول دفعا لذلك بخلاف موت من له الدين (وقال) علم الهدى في الناصريات لا أعرف الى الآن لاصحابنا فيها نصا معينا وقفاء الامصار كلهم يذهبون الى ان الدين المؤجل يصير حالا بموت من عليه الدين ويقوى في نفسي ما ذهب اليه الفقهاء ويمكن ان يستدل عليه بقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين علق القسمة بقضاء الدين فلو اخرجت نضرت الورثة ولانه يلزم انتقال الحق من ذمة الميت الى ذمة الورثة والحق لا ينتقل الا برضا من له أنه انتهى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يحمل المؤجل بالحجر ﴾ للاصل مع عدم الدليل وعدم القول بالقياس ﴿ قوله ﴾ ﴿ وديون المتوفى متعلقة بتركته وهل يكون كتعلق الارش برقبة الجاني أو كتعلق الدين بالرهن احتمال ﴾ قد استوفينا بلطف الله سبحانه وتعالى الكلام في المقام في باب الرهن عند قوله ولو رهن الوارث التركة وهناك دين الى آخره وبلغنا فيه ابد الغايات وقد قلنا عن جماعة كثيرين ان التركة تبقى على حكم مال الميت ونقلنا عن جماعة نسبته الى الاكثر وعن السرائر ففي الخلاف في ذلك واكثرنا من الادلة عليه وقلنا انا لم نجد مصرحا بان تعلق الدين بالتركة كتعلق الارش الا ما حكاه الشهيد عن السيد الرضى أخي علم الهدى رضي الله عنهما والا ما يظهر من رهن الكتاب وجامع المقاصد حيث قربا صحة رهن الوارث التركة لكنه في جامع المقاصد رجع عنه هنا أعني في الباب وبيننا ان القائلين بان التركة تنتقل الى الورثة جم غفير وأن ظاهر التذكرة وجامع المقاصد الاجماع عليه وأن اصحاب هذا القول جزموا الا من قل فيما اذا أستوعب الدين التركة بانه يتعلق بها تعلق الرهن

و يظهر الخلاف فيما لو أعتق أو باع نفذ على الاول دون الثاني . (متن)

بالدين وإنما ترددوا بين الأمرين فيما إذا لم يستوعب كما ان جماعة في غير المستوعب على ان التعلق فيه كتعلق الرهن وبيننا ان جماعة منهم فخر الاسلام والمحقق الثاني في المقام على انه تعلق مستقل ووجه ان تعلقه كتعلق الارش ان الدين يسقط بتلف التركة من غير تقريظ من الوارث ولا يلزمه الضمان كما لا يلزم المولى ضمان لو تلف الجاني لا من قبله وان تعلقه بالتركة لا باختيار المالك كما ان تعلق الارش برقة الجاني كذلك وانه ليس للدين الا اقل الأمرين من الدين والتركة كما ان المجني عليه ليس له الا اقل الأمرين من الارش وقيمة الجاني وليس الرهن كذلك في شيء من الامور المذكورة ووجه الثاني أن هذا التعلق ناشئ عن دين سابق في ذمة من كان ما لكا وانه يسقط بالاداء والمساوي في ذلك دين الرهن وضعفنا بان مشابهته لكل من الارش ودين الرهن تقتضي أن لا يكون من قبيل واحد منهما وان مجرد المشاركة في شيء من الصفات لا يقتضي المساوات في الماهية ليشارك في باقي الاحكام **قوله** ﴿ ويظهر الخلاف فيما لو أعتق أو باع نفذ على الاول دون الثاني ﴾ قد ذكرنا في الموضع المشار اليه آنفا فيما اذا كان الدين مستوعبا ان القائلين بان التركة تبقى على حكم مال الميت والقائلين بانها للورثة اتفقوا على أن الوارث يمنع من التصرف فيها الى ان يوفي الدين أو يأذن الغرماء حكى ذلك في الايضاح والمسالك وظاهر السرائر في باب قضاء دين الميت قال في (الايضاح) اجمع الكل على انه اذا مات من عليه دين يحيط بجميع التركة لا يجوز للوارث التصرف فيها الا بعد قضاء الدين واذن الغرماء ونحوه ما في المسالك وهو كذلك كما يشهد به التبع كما بيناه هناك واما اذا لم يستوعب الدين التركة فهناك أمران ما فضل منها عن الدين وما قابله (اما الاول) ففي ميراث الكتاب والدروس انه يمنع من التصرف فيه وتكون التركة بأجمعها كالرهن وهو خيرة الايضاح في الباب والرهن وجامع المقاصد هنا وايضاح النافع في باب الدين وهو ظاهر المبسوط واطلق في السرائر قال لا خلاف في ان التركة لا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء بل تبقى موقوفة على قضاء الدين وقال في باب قضاء الدين انه الذي تقتضيه أصول مذهبنا للوثق عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل فرط في اخراج زكوة في حياته فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما كان فرط فيه مما يلزمه من الزكوة ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع الى من يجب له قال جائز يخرج ذلك من جميع المال انما هو بمنزلة لو كان عليه دين ليس للورثة شيء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكوة ولا قائل بالفرق بين الوصية بالزكوة وغيرها على انه ذكر فيه الدين ونحوه صحيحة سليمان ابن خالد قضى أمير المؤمنين عليه السلام في دية المقتول انه يرثها الورثة على كتاب الله وسهامهم اذا لم يكن على المقتول دين فهو دال بالمفهوم والآية الشريفة ولانه لا أولوية لبعض على بعض في اختصاص التعلق به ولان الاداء لا يقطع به بذلك البعض لجواز التالف والميت لما خرج عن صلاحية استغراق الدين لدمته وجب أن يتعلق بكل ما يمكن اداؤه منه لان حدوث تعلقه ببعض الباقي عند تلف بعضه متف قطعا وان الباقي اذا تلف قبل القضاء ضمن الوارث وهذا يدل على ان التعلق بجميع التركة والا فكيف يتعلق بما يتمتع حدوث تعلقه به ليجب بدله حيث يتعذر واختار المصنف هنا وفي قضاء الكتاب والشهد في حواشيه على ميراث الكتاب وجامع المقاصد في المقام والمسالك والكفاية نفوذ التصرف فيه أي في الفاضل عن الدين وهو قضية كلام جامع

وهل يشترط استتراق الدين اشكال اقر به ذلك فينفذ تصرف الولي في الزائد فان تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوراث فان اعسر فالوجه ان للمدين الفسخ (متن)

الشرائع للضرر والخرج وبعد الحجر في مال كثير لاجل الدين بل يتقدر بقدره مؤيدا باستمرار طريقة الناس ويكون التصرف مراعى بقاء الباقي بالدين فلو قصر لتلف أو نقص لزم الوارث الاكمل فان تعذر الاستيفاء منه تسلط المدين أو الحاكم على قرض تصرفه وربما استدل عليه بخبر البرزطي بأسناده أنه سئل عن رجل يموت ويترك عيالا وعليه دين أينفق عليهم من ماله قال ان استيقن ان الذي عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم وان لم يستيقن فلينفق عليهم ونحوه خبر آخر مثله بهذا المتن وهما لا ينطبقان على ما ذكره من التفصيل كما هو واضح مع ما في الاخير مما حل على السهو من بعض الرواة مع امكان حملها على ان ذلك على سبيل القرض والضرورة مع ان اصحاب هذا القول مألوا بهما ولا وجدت أحدا منهم أخذ وأحدا منها دليلا والضرورة والخرج يندفعان بالاستئذان من المدين أو الدفع اليه أو الى الحاكم ان عسر الوصول اليه أو العزل عند الثقة الأمين كما ذكره في باب الدين وأوضحنا الحال فيه هناك والسيرة سيرة عوام والا فالعلماء يختلفون ومضطربون وقد اتفقوا على أنه اذا مات حل ما عليه وتعليقهم يقضي بأن الوارث ممنوع من التصرف على ان الآية ظاهرة في خلاف هذا القول الآن يقال ان المراد من بعد وجودها أي الوصية والدين في المال الواسع لا من بعد عزلها ولا من بعد وصولها لاهلها ومما ذكر يعلم حال ما قابل الدين من التركة فليتأمل جيدا وثمرة الخلاف ظاهرة على القول بأنه كتملق الرهن والقول بأنه كتملق الارش وأما القائل بأنه تعلق برأسه فيحتمل عنده أنه ينفذ تمسكاً بأصل الصحة واصل العلم بلوغ الحجر الى مرتبة لا يكون التصرف فيها معتبرا وان في القول بالصحة جمعا بين الحقين ويحتمل العدم لانتفاء فائدة التعلق بدونه ولأداء النفوذ الى ضياع المال ومن اصحاب هذا القول المحقق الثاني وقد قال ان النفوذ أقوى وقد تقدم بيان ذلك كله في باب الرهن ﴿ قوله ﴾ وهل يشترط استتراق الدين اشكال اقربه ذلك ﴿ أي هل يشترط لتعلق الدين بكل التركة أن يكون مستترقا لها بأن يكون بقدرها وأزيد اشكال من حيث انا انما منعناه لحفظ مال الدين وهو يحصل بمنعه من قدر الدين فيخص الحجر بقدره ومن انه لأولوية لبعض على بعض باختصاص التعلق به الى آخر ما سمعته آقا وقد قرب المصنف هنا الاشتراط وفي (الايضاح وجامع المقاصد) الاصح انه لا يشترط وهو الاصح كما عرفت ﴿ قوله ﴾ ﴿ فينفذ تصرف الولي في الزائد ﴾ هذا ما حكيناه عنه آقا من ان الدين اذا لم يستغرق التركة وتصرف الولي أي الوارث يبيع أو هبة في الزائد عن الدين نفذ تصرفه وان قلنا بأن تعلقه بها كتملق الرهن لان الزائد على الدين طلق لا حجر عليه فيه وعلى القول بعدم اشتراط الاستتراق مع القول بأن تعلقه كتملق الرهن لا ينفذ تصرفه في شيء منها لتعلقه بجميعها وثبوت المنع وعلى القول بأنه كتملق الارش كانت التصرفات نافذة على القولين أي اشتراط الاستتراق وعدمه وعلى القول بأنها تبقى على حكم مال الميت لا ينفذ شيء من التصرفات ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث فان أعسر فالوجه ان للمدين الفسخ ﴾ أما ضمان الوارث فلأن ما تصرف فيه حيث يتلف الباقي كأن يتعين للقضاء لو كان باقيا وحيث تصرف فيه الوارث وجب ضمانه لانه انما يستقر استحقاقه اياه بعد وفاة الدين

وعلى القول بطلان تصرف الوارث لو لم يكن في التركة دين ظاهر فتصرف الولي ثم ظهر دين بأن كان قد باع متاعا واكل ثمنه ورد بالعيب او تردى في بئر حفرها عدوانا او سرت جنايته بعد موته احتمال فساد التصرف لتقدم سبب الدين فأشبه الدين المقارن وعدمه فان أدى الوارث الدين والا فسخ التصرف (متن)

وهو قريع على ما سبق أيضا وهذا ما أشرنا إليه آتفا من انه يدل على تعلق الدين بجميع التركة والا فكيف يتعلق بما يتمتع حدوث تعلقه به ليجب بدله حيث تعذر وأما الوجه سفي أنه اذا أعسر أن يتسلط المدين على الفسخ فلان تصرفه انما جاز بشرط الاداء ويحتمل العدم لتسويفه وثبوت الاذن فيه وقد امتنع التعلق بالخروج عن الملك ودخوله في ملك آخر والصحيح الاول على تقدير الجواز وهذا أيضا مما يدل على تعلق الدين بجميع التركة وان قل وخيرة الايضاح المنع من التصرف مطلقا والضمان به وان لم يكن ناقلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى القول بطلان تصرف الوارث لو لم يكن في التركة دين ظاهر فتصرف الولي ثم ظهر دين بان كان قد باع متاعا وأكل ثمنه ورد بالعيب او تردى في بئر حفرها عدوانا أو سرت جنايته بعد موته احتمال فساد التصرف لتقدم سبب الدين فأشبه الدين المقارن ﴾ يريد انه لما كان في هذه الفروض الثلاثة عهدة على الميت ودرك لان كان المبيع ميبيا والحفر في طريق المسلمين أو ملك الغير عدوانا بمعنى انه لا لمصلحة المسلمين ومن دون اذن المالك والجناية في محل السراية وتلك العهدة وذلك الدرك كانا متعلقين بذمة الميت قبل موته ولما مات تعلقا بالمال قام احتمال فساد التصرف لتقدم سبب الدين فيكون ذلك بمنزلة تقدم الدين فيكون كالدين المقارن في بطلان التصرف في التركة معه - ضعف في الايضاح وجامع المقاصد بان تقدم السبب لا يقتضي تقدم السبب والمنع من التصرف انما هو مع وجود الدين لالحدوثه لسبق وجود سببه فلا يمكن ان يقال ان الوارث ممنوع من التصرف هنا بمجرد وجود العهدة اذ لا دين ومقتضى العهدة وجوب تعلق الحادث بالتركة (قلت) ما أشبهه بما اذا باع المشتري أو وقف أو وهب في مدة خيار البائع فانهم قالوا لا ينفذ الا باذن البائع والترض ان هذا الاحتمال ليس بتلك المكانة من الضعف بل لعله أقوى من الثاني كما سنسمع وقولكم انه لا يمكن أن يقال ان الوارث ممنوع من التصرف (فيه) انا لأنعمه من التصرف وانما نقول بفساده بعد حدوث الدين فلا منع ولا ضرر ويأتي تمام الكلام ثم عد الى عبارة الكتاب قد قال في (جامع المقاصد) لو سكت عن قوله ظاهر في قوله لو لم يكن في التركة دين ظاهر لكان أولى اذ ليس في هذا الفرض دين ظاهر ولا خفي (قلت) المراد ظاهر اذ المراد دين بالفعل وفي الحال وقال في قوله لو ظهر دين لو قال بدله ثم حدث لكان أولى قلت هو المراد وعبر بالظهور لكان وجود سببه قلعل الظهور بملاحظة ذلك أولى وقال في قوله وأكل ثمنه لا يحتاج الى تقييده بكون الميت أكل الثمن بل يكفي تصرف الوارث في الجميع (قلت) كلام المصنف يتم في جميع الصور اعني ما اذا تصرف الوارث في البعض أو الجميع وكلام الشارح لا يتم فيما اذا كان الثمن عينا وتصرف فيما عداها ويعرف حينئذ ما ذكره الشارح من كلام المصنف بالفحوى والامر سهل أو نزوي أكل البناء للمجهول وأنت خير بان الاصح على ما اخترناه في باب القصاص ان السراية كاشفة فلا تكون من سنخ الفرضين الآخرين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدمه فان أدى الوارث الدين والا فسخ التصرف ﴾ أي يحتمل عدم

وعلى كل حال فلو ان امسك عين التركة وأداء الدين من خالص ماله (متن)

فساد التصرف في المسائل الثلاث فلي هذا ان أدى الوارث الدين فلا بحث والافسخ المدين التصرف أعني البيع مثلا توصلا الى أخذ دينه من التركة وفي (الايضاح) انه الاقوى وفي (جامع المقاصد) أنه الاصح لعموم أوفوا بالعقود وتعلق حق نأبت بالمبيع حين لم يكن حق آخر ولا مانع من صحة التعلق فابطاله يحتاج الى دليل قلت يلزم مثل ذلك حرفا فخرقا فيما اذ باع المشتري في زمن خيار البائع من دون تفاوت فتقدم السبب كخيار البائع حق آخر مانع من صحة التعلق فلا ينفع التعلق بالعموم فكان الاحتمال الاول أشبه على القول بطلان التصرف على أن في قولهم ومقتضى العهدة وجوب تعلق الحادث بالتركة ما يرشد الى ذلك فتأمل وكأنه اشتبه الحال على الشارحين حيث ظنا أنه يستلزم المنع من التصرف كالدين الموجود وليس كذلك والفرق بينهما ان الدين الحاضر على هذا القول يمنع من التصرف ويطله والدين الحادث لا يمنع من التصرف لكنه يطله فحاله كحال بيع المشتري في زمن خيار البائع بل قد جوز جماعة له الوطي في زمان الخيار وهو الاقوى ولذا ترى المصنف قال وعلى القول بطلان تصرف ولم يقل على القول بمنعه من التصرف فتأمل ﴿ قوله ﴾ وعلى كل حال فلو ارث امسك عين التركة وأداء الدين من خالص ماله ﴿ قد قدمنا في باب الرهن ان الخصوم متساوون في جميع الاحوال أي على تقدير الاستيعاب وعدمه وعلى الاحتمالات الثلاثة في التعلق وعلى تقدير انتقالها الى الورثة أو بقائها على حكم مال الميت على ان المحاكمة للوارث فيما يدعي لمورثه وما يدعي عليه وانه لو أقام شاهدا حلف هو دون الديان وان الورثة أولى وأحق بأعيان التركة لأنها لا تنتقل الى الغرماء اجماعا وهل تعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب والتاج والثمرة الاقرب المنع كما في (الايضاح وجامع المقاصد) وقد بينا في باب الرهن ان من قال بأن التركة تبقى على حكم مال الميت استدل عليه فيما استدل باستمرار الطريقة على دفع الماء في الدين اذ لو اقتصر مقتصر على دفع الاصل في الدين دون الماء لانكرهوا عليه (واحتج) الشارحان على المنع بأن الملك يتمتع بقاؤه بغير مالك والميت يتمتع بملكه لا انتفاء لوازم الملك عنه من عدم ثبوت الزكاة عليه ونحوه فالمتقضي لملك الوارث موجود وهو الموت والمانع ليس الا تعلق الدين بالتركة وهو لا يصلح للمانية لعدم المنافة ولم يبق الا مفهوم الآية الشريفة وهو ضعيف (قلت) قد عرفت أنه في السرائر قال لا خلاف في أن التركة لا تدخل في ملك الوارث ولا الغرماء بل تبقى موقوفة على قضاء الدين وقد قال الله سبحانه وتعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين ولقد تكررت هذه الكلمة الشريفة في حديث واحد من دون تقدم عهد أربع مرات وما كانت عادته جل شأنه في بيان الاحكام ذلك بل يحيل ويحيل وقد استدل بها جماعة كالشيخ وابن ادریس وفخر الاسلام والشهيد وغيرهم على عدم انتقال المال الى الورثة اذ المتبادر منها انما هو الملك والاستحقاق مثل المال لزيد ومن ثم ترى النحاة يسمون هذه اللام لام الملك فالحل على استقرار الملك اعراض عن الظاهر الى التأويل من دون دليل واضح ولا ريب أن الظاهر ان الظرف لنحو لا حال من الثالث مثلا حتى يكون المعنى لكل ما وظف له بالقرض أو غيره بعد الوصية والدين والكون أعم من الملك فيجوز أن يكون المعنى أن ذلك يكون لهم بعد الامرين على وجه الاستقرار بعد أن كان متزلا قد صح لنا أن نقول ان المعلق في الآية الشريفة اما الملك أو جواز التصرف أو هما معا أولا واحدا منهما والاخير باطل كالثالث لأنه

ونحسب من التركة الدية في الخطأ والعمد ان قبلها الوارث ولا يلزمه ذلك وان لم يضمن الدين على رأي (متن)

يستحيل نطق الملك على بدية الدين مع بقاء جواز التصرف مطلقا أي تصرف كان حتى يكون المعنى في أحد الوجوه أنه لا يملك الا بعد الدين ويجوز له التصرف قبله فمعين أحد الأولين ويدفع الثاني ظهور الملك والاستحقاق من اللام وعدم تبادل كون الظروف حالا من الانصبا والتقدم في قوله جل شأنه من بعد وصيته هو التقدم الذي أراده المتكلمون وهو أن المتأخر لا يجمع المتقدم كتقدم عدم الحادث على وجوده وتقدم بعض أجزاء الزمان على بعض فلا يثبت ملك أو جواز تصرف حتى ينتفي المتقدم فكانت دلالة الآية من المنطوق لا من المفهوم كقولنا يملك المبيع بعد العقد وإذا سلم عليك فرد عليه السلام وإذا باعك فاشتر هذا كله مضافا إلى الخبرين وقد سمعتهما آفا وقد ذهب ناس إلى أن الميت يملك على الحقيقة كالحق في الشرائع في باب القصاص فيما إذا شهد الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال والشهد الثاني في وصايا الروضة ومال إليه الفخر في ميراث الايضاح بل قالوا قد يتجدد له الملك كملكه لديه ولما يقع في شبكته وكأنهم استندوا إلى أنهم أجمعوا على أن ديونه تقضى من ذلك وتنفذ وصاياه ولا طريق له إلا الملك والحق ان ذلك كله على حكم ماله بحكم الدليل الذي دل على ذلك أي ان الميت في حكم المالك لمصمته به عن تعلق ملك غيره به وصرفه في مصالحه وأن يملك الميت وبالموت تزول عنه الاملاك وأما اجماع جامع المقاصد في وصاياه على أن المال لا يبقى بلا مالك فله أراد ما اتفق العلماء على فيه من أنه لا يبقى بلا مالك ولا من هو في حكمه والا فكيف يتم له ذلك والا كثيرون من القدماء على أن التركة لا يملكها الوارث اذا أحاط بها الدين لكن كلامه في الوصايا صريح في أن المال لا بد له من مالك حقيقة فلا يجدي هذا التأويل في كلامه وهو مما يفت في عضد اجماعه على أنه معارض باجماع السرائر وقد سمعته وقد أطبقوا على أن من مات ولا وارث له الا يملك انه يشتري من التركة ويعتق ليرثها وقد بقي المال في هذه المدة بلا وارث ومثله مالو أوصى بصرف مال معين في الصلوة أو الصيام أو الحج أو شراء الجص لبناء القناطر ونحو ذلك وهو كثير (وقد أجاب) عن الوصايا المذكورة بأن المال الموصى بصرفه في ذلك ملك الورثة وهو كما ترى وماذا يقول في مال من مات ولا وارث له وقد أشبعنا الكلام في باب الرهن قوله ~~...~~ ونحسب من التركة الدية في الخطأ والعمد ان قبلها الوارث ولا يلزمه ذلك وان لم يضمن الدين على رأي ~~...~~ أما ان الدية نحسب من التركة فتقضى منها الديون والوصايا فقد طفحت به عباراتهم في مواضع من باب القصاص وفي باب الميراث وفي باب الديون والرهن والحجر وانقدت عليه اجماعاتهم ودلت عليه دلالة صريحة رواياتهم كخبر يحيى الأزرق وروايات أبي بصير وخبر عبد الحميد بن سعيد حيث سأل الرضا عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا وأخذ أهله الدية من قاتله أعليهم أن يقضوا الدين قال نعم الحديث قال قول الشاذ الذي لا نعرف قائله بأن الدية لا تصرف في الدين لتأخر استحقاقها عن الحياة لا يلتفت ومثله الفرق بين دية الخطأ ودية العمد اذا رضي بها الوارث فتقضى من الأولى ديونه ووصاياه دون الثانية فانه اجتهد في مقابلة الاجماع والفتاوي والخبار المطلقة وخصوص روايات أبي بصير وخبر عبد الحميد وعبد الحميد يحتمل اتحادهم مع

عبد الحميد بن سعد ومع عبد الحميد بن سالم القدي وثق في ترجمة ابنه محمد وكيف كان فرواية صفوان عنه تشير الى الاعتماد عليه وقد أجهد بن ادريس نفسه في رد هذا الخبر ولم يطمئن فيه من جهة السيد وكذلك المصنف في المختلف كما يأتي في المسئلة الآتية وأما أنه لوارث القصاص وان لم يكن له مال ولم يكن عليه ضمان الديون وغيرها فهو خيرة قصاص السرائر والشرائع والتحرير والارشاد والمختلف والروضة والمسالك وخيرة الايضاح وجامع المقاصد في المقام وهو ظاهر كلام المبسوط أو صريحه وهو الأشهر كما في المسالك والمفاتيح وعليه الحلون كما في الدروس والاجماع ظاهر السرائر أو صريحها كما أنه أي الاجماع ظاهر نكت النهاية وكذا المختلف والمخالف أبو علي والقاضي والتقي والصهرشتي والكيدري وصفي الدين محمد بن سعد العلوي حيث قالوا فيما حكى عنهم ان ليس للأولياء القود الا بعد ضمان الديون قلت وهو خيرة النهاية وفي (الفتية) الاجماع عليه وفي (المبسوط) انه القدي رواه أصحابنا ونسبه في الدروس الى المشهور وكأنه مال اليه فيه وفي غاية المراد ونقل القولين في اللعة من دون ترجيح وحكى على أن منصور الطبرسي انه اذا بذل القاتل الدية لم يكن للأولياء القود الا بعد ضمان الديون وان لم يبذلوا جاز لهم من دون ضمان (وليعلم) أن القاتل بعدم جواز القود بدون الضمان لهم لا بد لهم أن يقولوا بالأولوية ونحوها بعدم جواز العفو بدونه أيضا وقد حكم في المبسوط في أول كلامه بأن لهم القصاص والعفو على مال وبدونه وصورة عبارة النهاية لم يكن لأوليائه القود الا بعد أن يضمنوا الدية عن صاحبهم فان لم يفعلوا لم يكن لهم القود وجاز لهم العفو بمقدار ما يصيبهم ولعله أراد انه ان كانت الدية أزيد من الدين جاز لهم العفو بمقدار نصيبهم الزائد وقد نسب المصنف والشهيد كلام النهاية الى الجماعة الذين ذكرناهم آتفا وفيه مسامحة لانهم لم يتعرضوا لجواز العفو لهم بمقدار نصيبهم (حجة الاولين) الاصل بمعنيين والصوميات من الكتاب والسة الدالة على ثبوت القصاص مطلقا سواء كان المقتول مديونا معسر أم لا من دون ايجاب ضمان (واحتج) للشيخ ابن ادريس بخبر عبد الرحمن بن سعيد وقد سمعته ثم قال في السرائر ليس في الحديث اذا سلم ما ينافي ما قلناه لانه ما قتل عمدا وانما قال أخذ أهله الدية وهذا يدل على ان القتل كان موجبه الدية فيكون خطأ ثم قال فان قيل قد قال في الخبر فأخذ أهله الدية من قاتله ولو كان خطأ محضا مأخذوها من القاتل وأجاب بأنه هنا عمد شبيه الخطأ (وأجاب في المختلف) بأنا نقول بموجبه فان الورثة لو صالحوا على الدية وجب قضاء الدين منها وفي (غاية المراد) الحق في الاحتجاج رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يقتل وعليه دين وليس له مال فهل للأولياء أن يهبوا دمه لقاتله فقال ان أصحاب الدين هم الخصماء فان وهب أوليائه دمه لقاتل فجازر وان أرادوا القود فليس لهم ذلك حتى يضمنوا الدين للغماء وحكي عن المحقق الاستدلال بها للشيخ (قلت) قد أوردنا على الاستدلال بها وجوها ذكرناها في باب القصاص وقد استوفينا الكلام هناك أكمل استيفاء وقد تقدم شرحه ومن الوجوه انها معارضة بخبري أبي بصير أيضا وانه يبعد الفرق بين الهبة والقود وانه لم يظهر لنا الوجه في قوله عليه السلام أصحاب الدين هم الخصماء وان متعلق الهبة غير المال وهنا تعلقت بغير عين ومال وهو الدم والحاصل ان هذه الروايات لم تنفق اثنتان منها على حكم ولم تدل واحدة على مختار النهاية فلتحمل على التقية والشهرة معارضة بمثلا والاجماع بمثله ويزيد الاول بنسبة المحقق قول الشيخ في النهاية الى التدرية وتام الكلام في القصاص فانه مستوفى أتم استيفاء

﴿ الفصل الخامس ﴾ في المفلس وفيه مطالب الاول المفلس من ذهب جيد ماله وبقي رديه
فصار ماله فلوسا وز يوقا وشرعا من عليه ديون ولا مال له يعني بها وهو شامل لمن قصر
ماله وهو لا مال له (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ الفصل الخامس في المفلس وفيه مطالب الاول المفلس من ذهب جيد ماله وبقي رديه فصار ماله
فلوسا وز يوقا ﴾ هذا تعريفه لغة ونحوه مافي الشرائع وهو معنى مافي المبسوط من ان المفلس لغة هو الفقير المعسر
وهو مشتق من الفلوس وكان معناه فني خيار ماله وجيده وبقي معه الفلوس ونحوه مافي التحرير من
انه مأخوذ من الفلوس التي هي آخر مال الرجل وقال في (التذكرة) الافلاس مأخوذ من الفلوس وقولهم
أفلس الرجل كقولهم أخبت أي صار أصحابه خبثا لان ماله صار فلوسا وز يوقا ولم يبق له مال خطير
وقولهم أذل الرجل أي صار الى حالة يذل فيها وكذا أفلس أي صار الى حالة يقال فيها ليس معه فلس
أو يقال لم يبق معه الا الفلوس أو كقولهم أسهل الرجل وأحزن اذا وصل الى السهل والحزن لانه انتهى
أسره الى الفلوس والاصل أن المفلس في عرف اللغة هو الذي لا مال له ولا ما يدفع به حاجته ولهذا لما
قال النبي صلى الله عليه وسلم أتدرون ما المفلس قالوا يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع قال
ليس ذلك المفلس ولكن المفلس يأتي يوم القيامة حسنة أمثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا وأخذ من
عرض هذا ف يأخذ هذا من حسنة وهذا من حسنة فان بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فيرد عليه
ثم صك في النار وفي (القاموس) أفلس اذا لم يبق معه مال فكان ما صارت دراهمه فلوسا أو صار بحيث يقال
ليس معه فلس وفلسه القاضي قفيلسا حكم بافلاسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وشرعا من عليه ديون ولا مال له
يعني بها وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له ﴾ أي لان السالبة لا تستدعي وجود الموضوع بخلاف قولنا
لا مال له لأنه سالبة كلية بل المدار على العرف وهذا التعريف نسبة في المسالك الى أكثر العلماء منا
ومن العامة وهو شامل لغير المحصور عليه كالصبي اذا استدان له الولي الى هذه المرتبة وكذا السفينة
وكذا المديون كذلك قبل الحجر مع أن واحدا من هؤلاء لا يند مفلسا شرعا اذا التفليس انما يكون
بحكم الحاكم والحجر بالفلس لا يثبت الا بحكم الحاكم اجماعا كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد وتستسمع
مافي المسالك وفي (المبسوط) المفلس في الشريعة هو الذي ركبته الديون وماله لا يفي بها وهو يعطي أن
له مالا لكنه لا يفي لانها معدولة بل المدار على العرف وهو معنى مافي (التذكرة والتحرير) انه في الشرع
اسم لمن عليه ديون لا يفي ماله بها لكنه نسبة الى القيل في التذكرة وقال انه يشمل من لا مال له البتة
ومن له مال قاصر وفيه نظر ظاهر وتفسير النبي صلى الله عليه وسلم مفلس الآخرة يوافق مافي المبسوط
وعرفه في الشرائع بأنه هو الذي جعل مفلسا وفسره بأنه منع من التصرف في أمواله ولا ينبغي أن
المنوع من التصرف في ماله أعم من المفلس بل من الستة التي عقد لها كتاب الحجر ثم ان كلامه أي
الحقق يؤذن بأنه لا يسمى مفلسا شرعا حتى يحجر عليه لاجل الفلاس بل في كلامه أن قفيلسه هو الحجر
عليه كما يقال فلسه القاضي اذ جعله وصيره مفلسا وكلامهم في الباب مختلف فتنهم من جعل التفليس
هو الحجر المذكور كالحقق الاول والثاني وهو الظاهر من كلام المصنف كما ستسمع قبل الحجر لا يسمى
المديون مفلسا عندهما وان استغرقت ديونه أمواله وزادت عليها ومنهم من اعتبره مفلسا متى كان كذلك
وان لم يحجر عليه ولهذا يقولون الفلاس من أسباب الحجر ويقولون لو مات المفلس قبل الحجر عليه لم

فيحجر عليه في التجدد باحتطاب وشبهه والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة المديونية وثبوت الدين عند الحاكم وحلولها وقصر ما في يده عنها والتماس الغرماء الحجر أو بعضهم (متن)

تترتب الاحكام ويقولون شرط الحجر على المفلس التماس الغرماء له الى غير ذلك من الاحكام التي صار هذا الاسم بسببها حقيقة لكثرة استعمال الفقهاء لهذا المعنى واطلاق هذا المعنى عليه بطريق المجاز اما بما يؤول اليه او باعتبار المعنى القوي بعيد كذا قال في المسالك وقال في مقام آخر عند قوله في الشرائع لا يجوز حبس الغريم أن المديون المعسر مفلس ورده المقدس الاردبيلي بأن كون المديون المعسر مطلقا مفلسا غير ظاهر شرعا ولغة وقال في (المسالك) أيضا أن الحق أن المفلس سابق على الحجر ومنايره وهو أحد اسبابه كما ذكره لآعنه ولا الحجر جزء مفهومه نعم قد يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلس كما يقال فلسه القاضي لكنه من باب اطلاق اسم السبب على المسبب قال وعلى هذا لا مانع من اجتماع الفلس والصغر كما اذا استدان الولي للصبي الى هذه المرتبة وكذا السفه ولا يمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبي للفلس لانه ليس شرط في تحقق مفهومه شرعا وعلى هذا فين المعنى القوي والشرعي عموم من وجه يجتمعان فيمن عليه الديون ولا مال له وينفرد القوي بمن ذهب ماله وليس عليه دين وينفرد الشرعي بمن له مال كثير ولكن عليه دين يزيد على ماله وعلى ما يظهر من تعريف المحقق يكونان متباينين ومرادهم بالمعنى الشرعي في المقام اما الحقيقة الشرعية أو ما ذكرناه في باب الرهن وقد اسبقنا الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيحجر عليه في التجدد باحتطاب وشبهه ﴾ أي يحجر على من لا مال له أصلا ويكون الحجر في التجدد من أمواله الحاصلة من معاملة وغيرها كما صرح بذلك أيضا في التذكرة وبآتي تمام الكلام وهذا يدل على ما اشرنا اليه آتيا من أن معنى الفلس شرعا لا يتحقق الا بالحجر من الحاكم ﴿ قوله ﴾ ﴿ والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة المديونية وثبوت الدين عند الحاكم وحلولها وقصور ما في يده عنها والتماس الغرماء الحجر أو بعضهم ﴾ يريد أن الفلس سبب في أنه يجب على الحاكم أن يحجر على المفلس بالتسروط الخمسة وقد استدلل عليه أي الوجوب في الخلاف باجماع الفرقة واخبارهم وقال أيضا في مقام آخر عندنا أن الحاكم أن يحجر على من عليه الدين وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز له الحجر عليه بل يحبس ابدا الى أن يقضيه (دليلا) اجماع الفرقة واخبارهم قال وقد أوردناها فيما مضى وقد استدلل فيما مضى بخبري غياث ابن ابراهيم واسحق ابن عمار (قلت) اما خبر غياث فقد رواه عن جعفر عن ابيه عليه السلام أن عليا عليه السلام كان يفلس الرجل اذا التوى على غزماته ثم يأمر به فيقسم ماله الحديث واما خبر اسحق فقد تضمن أنه عليه السلام كان يحبس الرجل اذا التوى على غزماته فتأمل وفي (الغنية) يجب على الحاكم الحجر عليه بتسروط أربعة ثم ذكر احكاما كثيرة وادعى اجماع الطائفة وروى في التذكرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بالتماسه فلا يلتفت الى قول من قال أن الذي دلت عليه اخبار الباب انه بعد رفع الامر الى الحاكم يقسم أمواله بين الغرماء أن يوجد له مال وانه لم يحجر الامام عليه ولم يأمر به فكيف يسوغ لناثبه وهو الفقيه أن يفعل ذلك مع انه هو بنفسه قال أن المشهور بين الاصحاب بل الظاهر أنه لا خلاف بينهم أن المفلس يجب الحجر عليه كما يحجر على الصبي والسفيه والمجنون وتستسمع كلام المقدس الاردبيلي

ويحتسب من جملة ماله معوضات الديون (متن)

ومنه أخذ القائل وقد جعل المصنف هنا وفي التذكرة الشروط خمسة والاكثر انما ذكرها الأربعة الأخيرة كالشيخ وأبن زهرة والمحقق والمصنف في التحرير والارشاد وغيرهم ولعلمهم انما تركوا الاول لاستغنائهم عنه بثبوت الدين عند الحاكم فانه فرع المديونية كما انهم تركوا ما اذا لم يكن في يده شيء لعدم وجوب التصجير عليه حينئذ ويأتي بيان الحال في المتجدد والمقدس الارديلي بعد ان ذكر هذه الشروط وما يترتب عليها من الاحكام كمنه من التصرف المالي في الموجود والمتجدد ونحو ذلك قال لعل دليل هذه الاحكام كلها الاجماع ولعل لهم بعض الاخبار من العامة والخاصة وما وقفنا عليها (قلت) هذه الشروط وما يتفرع عليها كلها قد قام الدليل عليها من اجماع أو غيره اما الشروط فمدحكي عليها الاجماع في الخلاف وظاهر الفنية وبيان الدليل (والوجه) فيها على التفصيل أن نقول اما اشتراط كون ديونه ثابتة عند الحاكم فوجه ظاهر لان الحجر انما يقع من الحاكم اجماعا وحينئذ فلا بد من ثبوت الديون عنده وأما كونها حالة فلانه مع كونها مؤجلة لا وجه للحجر عليه لعدم استحقاق المطالبة وربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة فلا وجه لتعجيل العقوبة وأما اشتراط كون أحواله قاصرة فلائها لو كانت زائدة أو مساوية فلا حجر عليه اجماعا كما في التذكرة في موضعين منها والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة بل يطالب بالديون فإن امتنع تخير الحاكم بين حبسه الى أن يقضي بنفسه وبين أن يقضي عنه من ماله ولو بيع ما خالف الحق ولا فرق في ذلك بين من ظهرت عليه امارات الفلاس مثل أن تكون فقته من رأس ماله أو يكون ما في يده بازا دينه ولا وجه لفقته الا ما في يده ومن لم تظهر كمن كان كسوبا ينتق من كسبه خلافاً للشافعي حيث جوز الحجر على المساوي في أحد اقواله وعلى من ظهرت عليه امارات الفلاس في آخر رواقتنا في ثالث واما اشتراط التماس الغرماء أو بعضهم فلائنه ليس للحاكم أن يتولى ذلك من دون طلبهم لانه حق لهم وهو لمصلحة الغرماء والمفلس وهم ناظرون لانفسهم لا حكم للحاكم عليهم نعم لو كانت الديون لمن للحاكم عليه ولاية كان له الحجر لانه التبريم في الحقيقة فله التماس ذلك من نفسه وفعله كما لو كانت لمجانين أو أطفال أو لمحجور عليهم بالسفه وكان وليهم الحاكم هنا اذا التمس الكل واما اذا التمس البعض فأنما يحجر عليه اذا كانت ديون ذلك البعض لايفي ماله بها كما يأتي لا تنفائ بعض الشروط لو وفي بها لان دين غير الملتبس ليس للحاكم الحجر لاجله فهو بالتسبة الى الحجر بمنزلة المعدوم فاذا حجر لاجلهم لم يختص الحجر بهم بل يعم أثره الجميع واما اذا كانت ديونه أي البعض الملتبس تنفي بها ولم تكن زائدة على أمواله فقد قرب في التذكرة جواز الحجر وأنه لا ينتظر التماس الباقيين لئلا يضيع على الملتبس ماله وفي (جامع المقاصد) أن عموم الحجر للجميع لا يكاد يخرج الا على هذا الوجه وفي هذا الوجه قرب قوله ﴿ ويحتسب من جملة ماله معوضات الديون ﴾ كما في الشرائع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقد نبهوا بذلك على خلاف بعض العامة حيث زعم أنها لا تقوم لان لأربابها الرجوع فيها فلا تحتسب من ماله ولا عوضها عليه من دينه والشيخ في المبسوط اقتصر على ذكر الوجبين من دون ترجيح والمراد بها الاموال التي ملكها بعوض ثابت في ذمته كالأعيان التي اشتراها واستدانها وأما احتسبت من جملة أمواله لأنها ملكه الآن وان كان أربابها بالخيار بين أن يرجعوا فيها وبين أن لا يرجعوا ويطالبوا وكما تحتسب من أمواله تحتسب اعواضه من جملة ديونه وضيق أمواله يعود الى المدين الذي يراد تعلق الحجر به لدلالة المقام عليه قوله ﴿

ولو حجب الحاكم تبرعا لظهور امارات المفلس أو لسؤال المدينون لم ينفذ نعم يحجب الحاكم لديون المجانين والايام دون الغياب ولو كان بعض الديون مؤجلا فان كانت الحالة يجوز الحجب بها حجب مع سؤال أربابها والا فلا ثم يقسم في ارباب الحالة ولا يدخر للمؤجلة شيء ولا يدام الحجب عليه لاربابها كما لا يحجب بها ابتداء اما لو سأل بعض ارباب الديون الحالة حجب عليه ان كان ذلك البعض يجوز الحجب به ثم يعم الحجب الجميع (متن)

﴿ ولو حجب الحاكم تبرعا لظهور امارات المفلس أو لسؤال المدينون لم ينفذ ﴾ أما الاول فالظاهر أنه محل وفاق اذ لم أجد فيه مخالفاً حتى من العامة بل الظاهر أنه لا يجوز له ذلك وأما الثاني فلا أجد فيه مخالفاً الا ما ذكره في التذكرة كما ستسمع وفي (المسالك والكفاية) أنه المشهور لان الحجب عقوبة والرشد والحرية ينافيانه فلا يصار اليه الا بدليل صالح وانما يتحقق بالتمس الغرماء كذا قال الشافعي في أحد وجهيه وواقعه جماعة من أصحابنا في التوجيه المذكور والاصل فيه الاجماع كما عرفت آنفاً وقد تقول يجوز له ذلك لا على وجه الالتزام بل نظر لمصلحته وقال في (التذكرة) الاقرب عندي جواز الحجب عليه لان في الحجب مصلحة للمفلس كما فيه مصلحة للغرماء وكما أجبتا الغرماء حفظاً لحقوقهم كذا يجب أن يجاب المفلس تحصيلاً لحقه وهو حفظ أموال الغرماء ليسلم من المطالبة والائتم وقد روي أن حجب النبي صلى الله عليه وسلم على معاذ كان بالتمس من معاذ دون طلب الغرماء وهو أحد وجهي الشافعي والحجة اعتبارية والخبر لا جابر له ﴿ قوله ﴾ ﴿ نعم يحجب الحاكم لديون المجانين والايام دون الغياب ﴾ اما تحجيره لديون المجانين والسفهاء اذا كان له الولاية عليهم فقد تقدم بيانه واما عدم تحجيره لديون الغياب فلان الحاكم لا يستوفي ما للغياب في الذم بل يحفظ أعيان أموالهم كما في التذكرة وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان بعض الديون مؤجلا فان كانت الحالة يجوز الحجب بها حجب مع سؤال أربابها والا فلا ثم يقسم في ارباب الحالة ولا يدخر للمؤجلة شيء ولا يدام الحجب عليه لاربابها كما لا يحجب بها ابتداء ﴾ لو كان بعض الديون حالا والباقي مؤجلا فان وقت أمواله بالديون الحالة فلا حجب لعدم اعتبار الديون المؤجلة وان قصرت وجب الحجب واذا حجب عليه بالديون الحالة لم يحل عليه الديون المؤجلة لان المقصود من التأجيل التخفيف ليكتسب في مدة الاجل بخلاف الميت فانه لا يتوقع منه اكتساب ولانه دين مؤجل على حي فلا يحل قبل اجله كغير المفلس بخلاف الميت فان ذمته قد بطلت وليس الافلاس سببا في تعلق الدين بالمال كالموت لما عرفت من الفرق كما ان الخنون عندنا لا يوجب الحلول فتقسم أمواله بناء على عدم حلول المؤجلة على الديون الحالة ولا يدخر شيء لاصحاب المؤجلة وان كان في الديون المؤجلة ما كان بمن مبيع وهو قائم عند المفلس بل يقسم على الديون الحالة ولا يدام الحجب عليه بعد القسمة لاصحاب الديون المؤجلة كما لا يحجب بها ابتداء لعدم استحقاقهم المطالبة حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو سأل بعض ارباب الديون الحالة حجب عليه ان كان ذلك البعض يجوز الحجب به ثم يعم الحجب الجميع ﴾ قد سمعت آنفاً ما قاله في التذكرة من أنه لو لم تكن ديون السائل زائدة على أمواله فالاقرب جواز الحجب وما أيده به في (جامع المقاصد) والوجه في أن الحجب يعم الجميع ان الجميع مستحقون للمطالبة كما أنها جميعها ثابتة فلا يختص بأمواله من انفرد بالالتماس ومن نعمة لو ظهر

ولو ساوى المال الديون والمديون كسوب يتفق من كسبه فلا حجر بل يكلف القضاء
فان امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه وكذا غير الكسوب الى أن يقصر المال وان قل التفاوت
ويستحب اظهار الحجر لئلا يستضر معامله ثم للحجر أحكام أربعة منعه من التصرف وبيع
ماله للقسمة والاختصاص والحبس ﴿المطلب الثاني﴾ في المنع من التصرف ويمنع من كل
تصرف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر بعوض أو غيره ساوى العوض أو
زاد أو قصر (متن)

غريم سابق على الحجر شارك ﴿قوله﴾ ﴿ولو ساوى المال الديون والمديون كسوب يتفق من كسبه
فلا حجر بل يكلف القضاء فان امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله ﴿قوله﴾
﴿وكذا غير الكسوب الى أن يقصر المال وان قل التفاوت﴾ يريد أن غير الكسوب لا يحجر عليه الى أن
يقصر المال عن الديون ولو قليلا وهو معنى قوله وان قل التفاوت فيحجر عليه عند القصور لا قبله والمخالف بعض العامة
﴿قوله﴾ ﴿ويستحب اظهار الحجر لئلا يستضر معامله﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة قال في الاخير
يستحب للحاكم الاعلام بالحجر والنداء على المفلس ويشهد الحاكم عليه بانه قد حجر عليه والاعلان بذلك بحيث
لا يستضر معامله ﴿قوله﴾ ﴿ثم للحجر أحكام أربعة منعه من التصرف وبيع ماله للقسمة والاختصاص
والحبس﴾ كما في التذكرة والارشاد وجعل الرابع في التحرير المنع من حبسه لا حبسه كما هنا واقتصر
في الشرائع على الثلاثة الاول وهي التي عدها في المبسوط ثلاثة وذكر الحبس بعنوان آخر ولم يتضح
لنا الوجه في جعل الحبس من أحكام المفلس فان المفلس هو الذي حجر عليه الحاكم ومنعه من التصرف
فلا معنى لحبسه ولا لمأطته ولا لبيعه بنفسه ولا البيع عليه والحاصل أن الحبس مخصوص بغير المفلس
اذ لا خلاف على الظاهر في تحريم حبس المفلس بل ومطالبته وأداء قوله في المسالك في مناقشة الشرائع
في أواخر الباب ولا يختص هذا الحكم بالمفلس غير جيد بل ولا صحيح لانه خاص بغير المفلس وقد
سمعت مافي التحرير كما قد عرفت أن الشيخ والمحقق غير الاسلوب وترك ذكر الحبس والامر واضح
﴿قوله﴾ ﴿المطلب الثاني في المنع من التصرف ويمنع من كل تصرف مبتدأ في المال الموجود
عند الحجر بعوض أو غيره ساوى العوض أو زاد أو قصر﴾ هذا به عليه في المبسوط وأشار اليه في
الشرائع وبعد ضم كلاميهما من أطرافهما بعضه الى بعض يوافق مافي الكتاب وبه صرح في التحرير
والارشاد والروضة وكذلك المسالك واللمعة ومجمع البرهان وفي الاخير لمل دليل الكل الاجماع وظاهر
الخلاف وكذا الغنية الاجماع على منعه من التصرف بماله بما يظل حق الغرماء واحترز بالتصرف المبتدأ
عن التصرف في ماله بمثل الفسخ بخيار لانه ليس بابتداء تصرف بل هو أثر امر سابق على الحجر
وكذا لو ظهر له عيب فيما اشتراه سابقا فله الفسخ به وهل يعتبر في جواز الفسخ الغيبة أم يجوز اقتراحا
الاقوى الثاني كما هو خيرة المحقق الثاني والشهيد الثاني وهو قضية كلام الشرائع وبه صرح في المبسوط
وكذا التحرير نظرا الى أصل الحكم وان تخلفت الحكمة (قلت) قد نص في التذكرة والكتاب فيما
يأتي والارشاد ان الغيبة تعتبر في الثاني دون الاول قال في (التذكرة) ان له الرد بالعيب ان كانت الغيبة
في الرد وان كانت الغيبة في ترك الرد بأن كانت قيمته مع العيب أكثر من ثمن المثل لكن له الرد لما فيه

من تقويت المال بغير عوض و فرق الشهيد في حواشيه بينهما بأن الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها بخلاف العيب وفي (جامع المقاصد والروضة) أن فيه نظرا يتناولان كلا منهما ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة وإن كانت الحكمة المسوغة له هي المصلحة أي مصلحة صاحب الخيار والاجماع على جواز الفسخ بالعيب وإن زادت القيمة فضلا عن الغبطة فيه (وفي مجمع البرهان) أن الفرق غير واضح (قلت) ما ذكره في وجه النظر لا يدفع الفرق لأنه وإن كان ثبوت الخيار بأصل العقد وإن الحكمة المسوغة للخيار مطلقا إنما هي لمصلحة صاحبه لكن جهات المصلحة متغايرة فالخيار الأصلي كخيار الشرط والحيوان لم يتقيد بشيء كخيار الغبن والعيب فإن الأول مقيد بالضرر والثاني بالنقص بل له في الأول اختيار أصل العقد وعدمه بخلاف الثاني فإن حق الغرماء متعلق بخيار الحيوان مثلا تعلقا ضعيفا جدا لأن العقد من أجله متزلزل بخلاف خيار العيب فإن تعلق حقهم فيه أقوى فإنه مع إرادته أي المفلس الاختيار فيه يراعى فيه مصلحة ماله لئلا يفوت منه شيء أو يأخذ الناقص كما حكى آقا عن التذكرة فلهذه المصلحة غير الأولى قول الشهيد أن الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها أراد به مصلحة الغبن والعيب والفرق واضح يفيد اعتبار الغبطة في الثاني أي العيب دون الأول فقول المعارض في وجه النظر أن كلا منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة ليس بتام وما فرضه من أنه يمكن أن تكون قيمة المبيع مع كونه معيا أزيد من الثمن ومع ذلك يجوز فسخه إجماعا بالعيب هو الوجه في إثبات الخيار كما عرفت ومن ثم قيل هنا باعتبار الغبطة في الثاني وهو عين المدعى فليتأمل في ذلك كله جيدا والمناسب في بيان المنع أن يقال إن الاجماع منعقد على جواز البيع بأزيد من القيمة أو أقصى منها فتحري رعاية الغبطة في الأول أيضا لوجود العلة (ويمكن الجواب) بأنه إن كان عالما بها وقت البيع فهو كالمهمل وإن لم يعلم بها فهو داخل في الثاني لوجود الغبن نعم لو كانت الزيادة في طرفه أشكل الفرق بينهما والفسخ حينئذ مطلقا فليتأمل جيدا ولعله من هنا قال في مجمع البرهان أن الفرق المذكور غير واضح هذا والمصنف في آخر كلامه في التذكرة مال إلى عدم الفرق بين الخيارين انتهى وينبغي النظر في معنى الغبطة وعدمها ولعل عدمها مقيد بما إذا لم يصربه سفيها وإن ذلك لمعتبر بالرد بالعيب وغيره وقد عرفت أن كلمة من تعرض لهذا الفرع متفقة على أن له إجازة البيع وفسخه وعلى الفرق بين الابتداء والاستدامة (وقد يقال) أن سبب الحجر في الابتداء موجود في الاستدامة وهو حفظ مال الديان فكما منعه الحاكم عن البيع في الابتداء لذلك وجب عليه أن يمنعه في غيره مع اشتماله على عدم الغبطة فسد الاجماع هنا أيضا موجود ومجرد وجود سببه حال عدم الحجر لا يقتضي ذلك مطلقا حتى مع وجود الدليل على عدمه ولذلك قال المقدس الأردبيلي لأعرف الفرق بين منعه من البيع وبين منعه من فسخه فإن كلا منهما تصرف مالي موجب لفوات مال الديان فلا يبعد أن يكون المدار في غير الابتداء مطلقا على المصلحة والوجه الذي ذكره في التذكرة في مراعاة الغبطة في خيار العيب جار في غيره وقد سمعته آقا ويمكن أن يجمل الظرف في العبارة وهو عند متعلقا بكل من تصرف والموجود ليحسن كونه احترازا عن التدبير والوصية والجماعة احترزوا عنها بوصف التصرف بالتأني لحق الغرماء لأنهما يخرجان من الثلث بعد وفاة الدين فتصرفه في ذلك ونحوه جائز إذ لا ضرر فيه على الغرماء إذ التدبير إما وصية أو في معناها وقوله بعوض وغيره يتعلق بتصرف ولا يتفاوت الحال بزيادة العوض وعدمها عينا كان أو منفعة لتعلق الحجر

فلا يمنع مما لا يصادف المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص في العفو واستلحاق النسب وتقيه باللعان والخلع وكذا ما يصادف المال بالحصول كالاحتطاب والانهاب وقبول الوصية ولا ما يصادف المال بالاتلاف بعد الموت كالتيدير والوصية اذا لا ضرر فيه في الغرماء أما لو صادف المال في الحال فان كان مورده غير مال كالبيع والهبة والرهن والعق احتل البطلان من رأس والايقاف فان فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرهما نفذ (متن)

مع الجميع ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلا يمنع مما لا يصادف المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص والعفو واستلحاق النسب وتقيه باللعان والخلع ﴾ هذا مما لا أجد فيه خلافا قال في (جامع المقاصد) أما الطلاق فواضح فان الحجر لم يتناول كل تصرف بل التصرف في المال الموجود والمتجدد على انه اسقاط ما يوجب المال فكان أولى بالجواز وأما النكاح فلان الصداق اذا كان في الذمة لم يصادف التصرف في المال الموجود عند الحجر وأما مؤنة النكاح فيأتي ان شاء الله تعالى بيان الحال فيها وأما أن له استيفاء القصاص فلانه ليس تصرفا في المال ولا يجب عليه قبول الدية وان بذل الجاني لان القصاص شرع للتشفي ودفع الفساد والدية انما تثبت صلحا ولا يجب عليه تحصيل المال باسقاط حقه وكذا العفو عن القصاص مجانا بغير عوض أما لو وجبت له الدية بالاصالة كما في جناية الخطأ فانه ليس له اسقاطها لانه بمنزلة الإبراء من الدين وكذا له استلحاق النسب اذ ليس ذلك تصرفا في المال وان وجبت المؤنة ضمنا وكذا له تقيه باللعان كما هو واضح وكذا له الخلع لانه اذا صح له الطلاق مجانا كانت صحة الخلع الذي هو في الحقيقة طلاق بعوض أولى بالجواز هذا اذا كان المحجور عليه بالنفس رجلا فلو كان امرأة منع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا ما يصادف المال بالحصول كالاحتطاب والانهاب وقبول الوصية ﴾ لان في ذلك كله جلب مال للغرماء فكيف يمنع منه قال في التذكرة وهذا لا يمنع منه اجماعا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا ما يصادف المال بالاتلاف بعد الموت كالتيدير والوصية اذ لا ضرر فيه على الغرماء ﴾ وقد تقدم أن هذين لا ينافيان الدين لانهما انما يكونان بعد أدائهما وان عبارة المفلس معتبرة فيما لا يكون مصادفا للمال وقت الحجر من التصرفات وهو مختار التذكرة والشهيد والمحقق الثاني والشهيد الثاني لكنه في باب التدير من الكتاب جزم بعدم الصحة وجزم بها في باب الوصايا في الوصية ﴿ قوله ﴾ ﴿ اذ لا ضرر فيه على الغرماء ﴾ هذا تعليل للمذكورات في حيز قوله ولا يمنع مما لا يصادف المال الى آخره ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو صادف المال في الحال فان كان مورده عين مال كالبيع والهبة والرهن والعق احتل البطلان من رأس والايقاف فان فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرهما نفذ ﴾ اذا صادف تصرفه عين المال بالاتلاف بالمعاوضة كالبيع والاجارة أو بغير معاوضة كالهبة والعق والكتابة أو بالمنع من الانتفاع كالرهن فقي (المبسوط والشرائع والتحرير والايضاح) انه يطل وهو المحكي عن أبي علي لانه ممنوع منه على وجه سلبت أهليته وكانت عبارته كعبارة الصبي فلا يصح وان لحقته الاجارة وهذا هو المناسب للحجر فان معنى قول الحاكم حجت عليك منعتك من التصرف ومعناه تعذر وقوع هذه العقود منه وأما الايقاف فقد فقي عنه البأس في التذكرة وقال في (جامع المقاصد) فيه قوة وفي (المسالك) لعله أقوى

فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه فان قصر الباقي أبطل الاضعف كالرهن والهبة ثم البيع
والكتابة ثم العتق (متن)

والوجه فيه انه لا يقصر عن التصرف في مال الغير فيكون كالفضولي وحينئذ فلا ينافيه منعه من التصرف
المنافي لحق الغرماء اذ لا دليل على ارادة غيره ولان عبارته لا تقصر عن عبارة السفه المحجور عليه مع
صحة تصرفه اذا لحقته اجازة الولي فلو كان الحجر يقتضي المنع من التصرفات وسلب الأهلية لسقط
به اعتبار عبارة السفه فعلى هذا اذا أجازته الغرماء نفذ والاخر الى أن يقسم ماله لا يباع ولا يسلم الى
الغرماء فان لم يفضل من ماله شيء بطل وان فضل ما يسمه صح وقد قلنا في باب البيع ان الرد الذي
يفسخ به الفضولي أن يقول فسخت فلو قال لم أجز كان له الاجازة بعد ذلك كما يشهد به الاخبار وبه
صرح الشهيد في باب النكاح بل هو ظاهر الاصحاب واشتراط بعضهم عدم مسبقته بنهي المالك
غير جيد على اطلاقه والا فالغاصب والعبد منهيان شرعا عن التصرف فالاول في مال الغير والثاني في نفسه
بل قد تقول ان هذا النهي مطلقا غير مضر لكن قضية كلامهم في هذا المقام أن الغرماء لو صرحوا بالرد لا يفسخ
العقد قائما يعتبر كلامهم في الاجازة لافي الرد وان الواقع موقع المحيز هو بقاء شيء من ماله يسع ذلك
فان حصل ذلك كان اجازة والا كان ردا وقد نبهنا على ذلك في باب البيع عند قوله والاقرب اشتراط
أن يكون محيز في الحال وينا الحال في ذلك ويتصور كون الشيء فاضلا بارتفاع القيمة السوقية وبإبراء
بعض الغرماء من حقه وتجدد مال وموت بعض الغرماء فيرثه المفلس ~~قوله~~ (فحينئذ يجب تأخير
ما تصرف فيه فان قصر الباقي أبطل الاضعف كالرهن والهبة ثم البيع والكتابة ثم العتق) أي حين
اذا كان الحكم بكون التصرف موقوفا الى أن ينظر هل تفضل العين التي تعلق التصرف بها أم لا يجب
تأخير ما تصرف فيه وقضى الدين من غيره فربما فضلت ووفى ما سواها بدينه وان لم تف أمواله بدينه
وكان التصرف متعددا بطل الاضعف ثم ما يليه في الضعف كما هو خيرة التذكرة في أول كلامه فعلى
هذا فلو كان قد تصرف يبيع وكتابة وهبة ورهن وعتق ووقف أبطلنا أولا الرهن والهبة لانهما أضعف
من الباقي باعتبار جواز الرهن من جانب المتهن وكون الهبة موضوعة على الجواز ثم البيع والكتابة
لانهما وان كانا لازمين من الطرفين الا أن العتق أقوى منهما لكونه في نظر الشارع على التغليب
ولهذا كان من خواصه السراية ولا يبعد أن يكون الوقف بمنزلة العتق لان كلا منهما لا يقبل الفسخ
بخلاف باقي العقود واحتمل الشافعية احتمالا آخر استحسنة في التذكرة وقواه في (جامع المقاصد) وهو
أن ينقض من تصرفاته الاخير فالاخير كما في تبرعات المريض اذا زادت على الثلث ووجهه ان المراجعة
انما وقعت بين ديون الغرماء والتصرف الاخير فيكون السابق ماضيا لعدم ما ينافيه قال في (جامع
المقاصد) ويمكن الفرق بين تصرفات المريض وهذه لان الحجر على المريض انما هو فإزاد على الثلث
فالتصرف الزائد على الثلث هو الاخير فيكون باطلا دون ما سواه بخلاف المفلس فانه محجور عليه في الجميع
فلا يظهر فرق بين الاخير وغيره لان الجميع كالفضولي فاذا احتج الى بيع بعض الاعيان التي تعلق بها
التصرف أمكن أن يقال جميع التصرفات موقوفة ولا بد من ابطال بعضها ولا أولوية لبعض على غيره بشيء
من الاعتبارين المذكورين من التقدم والتأخر والضعف والقوة لان المتقدم والمتأخر سواء في كونهما موقوفين
والضعيف والقوي سواء في كونهما غير نافذين نعم لما لم يتصور في العتق أن يكون موقوفا حكما بكونه مراعى

وان كان المورد في الذمة فيصح كما لو اشترى في الذمة أو باع سلماً أو أقرض وليس للبائع الفسخ وان كان جاهلاً (متن)

فحقه أن يكون نافذاً ثم انه قال في (جامع المقاصد) والتحقيق انا ان قلنا ان الاجازة كاشفة لاناقله كانت جميع التصرفات مراعاة فيظهر للتقدم أثر حينئذ وحيث انا رجحنا هذا القول فيما سبق كان هذا الاحتمال الاخير أقوى فلي هذا لو وقعت التصرفات دفعة واحدة احتمل القرعة والابطال في الجميع وهذا التحقيق لامناص عنه وبه يسقط ما ذكره المصنف ويبقى الكلام فيما اذا باع من الغرماء ويأتي بيانه ان شاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان المورد في الذمة فيصح كما لو اشترى في الذمة أو باع سلماً أو أقرض ﴾ قال في (جامع المقاصد) ان تقسيم ما صادف المال في الحال من التصرف الى ما مورده العين وما مورده الذمة غير مستقيم فان ما مورده الذمة ليس مصادفاً للمال في الحال قطعاً فان البيع بثمن في الذمة كالصداق في النكاح اذا كان في الذمة وأمثال هذين لا تعلق لهما بالمال الموجود عند الحجر ولا يعد تصرفاً فيه كما لا يخفى فلا تكون العبارة مستقيمة (قلت) قوله أما لو صادف المال في الحال انما هو في مقابلة قوله ولا ما يصادف المال بالانلاف بعد الموت فكأنه قال لا يمنع مما يصادف المال بعد الموت وأما الذي يصادف المال في غير ما بعد الموت وهو الذي يصادفه في الحال والحياة قسمان قسم يحتمل البطلان والايقاف وقسم صحيح وهو ما يصادف الذمة وليس المراد بالحال المال الموجود عند الحجر كما توهمه في جامع المقاصد ويرشد الى ذلك قوله في التذكرة في تقسيم التصرف فان تعلق بما بعد الموت كالتيدير والوصية صح وان كان غير متعلق بالموت فاما أن يكون مورده عين مال أو مال في الذمة ومن هذا يظهر معنى قوله وان كان المورد في الذمة ان معناه على ما أشار اليه في التذكرة ان كان مورد التصرف مال في الذمة فقوله في جامع المقاصد لو قال وان كان المورد الذمة كان أفصح لعله لم يصادف محله لان التصرف هنا لا يرد على الذمة وانما يرد على مال فيها وكيف كان فصحة تصرفاته الواردة على مافي الذمة بما لا أجد فيه خلافاً الا من الشافعي في أحد قوله مستندا الى أنه كالسفيه لوجود مقتضي وهو صدور العقد من أهله في محله سالماً عن معارضة منع حق الغرماء لانه لم يرد على أعيان أمواله ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس للبائع الفسخ وان كان جاهلاً ﴾ نبه بالبائع على المشتري سلماً والمقرض فكأنه قال ولا للمشتري سلماً ولا للمقرض الفسخ وهو خيرة الشرائع والتذكرة والتحريروجماع المقاصد والايضاح فيما سيأتي في شروط الماوضة وبه جزم المصنف هناك وقواه الشهيدان في الحواشي والمسالك قالوا لانه فرط بأقدامه على معاملة من لم يعلم حاله فكان كالراضي بفسره ويسره وهذا لا يتم فيمن قامت له البينة على انه غير مفلس فانه لم يفرط بأقدامه على معاملة من لم يعلم حاله مع انه جاهل واقما وقالوا لان الاصل في العقد المملك عدم التسلط على الفسخ والاخراج عن الملك الا بدليل شرعي ولتعلق حق الغرماء بما دخل في ملكه فلا يصح ابطاله وهو مبني على تعلق الحجر بالمتجدد وسيأتي للمصنف في المسئلة أي مسئلة الجاهل احتمالات ثلاثة من دون ترجيح الضرب والاختصاص بعين ماله والصبر ومثل ذلك ما في الارشاد والايضاح وغيره ولده في شرح الارشاد بين الامور الثلاثة ووجه الضرب انه غريم لانه صاحب دين ولانه أدخل في مقابل الثمن ما لا فيضرب

ورتلحق بالمتجدد كالقرض والمبيع والتهب وغيرها الحجر (متن)

بالمثل اذ ليس فيه اضاءة على الغرماء ووجه الثاني يعني انه يفسخ ويختص بعين ماله عموم (١) قول السائل فيوجد متاع رجل عنده بعينه وقوله عليه السلام لا يحاصه الغرماء ويضعف الوجهان بما تقدم من تعلق حق الغرماء بماله وان كان متجددا على أن الموم ممنوع لان موده من سبقت معاملته على الحجر عملا بدلالة الفاء لانها تقتضي وجد ان المتاع عقيب ركوب الدين بلا فصل فتأمل والضرب مع الغرماء يقتضي ابطال حقهم من عين المال التي سبق تعلق حقهم بها مع ان الوجهين متافران لانه ان كان غريما اختص بعين ماله وان لم يكن غريما لم يضرب وأما العالم باعساره فانه يصبر ولا يشارك الغرماء اجماعا كما في المسالك وقد نفي عنه الاشكال جماعة **قوله** ﴿ ويتعلق بالمتجدد كالقرض والمبيع والتهب وغيرها الحجر ﴾ كما هو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومجمع البرهان وهو الذي تعطيه عبارة الشرائع وقال ولد المصنف في (شرح الارشاد) ان عدم تعلق الحجر به أولى واستشكل في الارشاد ولم يرجع الشهيد في حواشيه وغاية المراد (وجه الاول) انها أموال للمفلس وقد حكم الحاكم بتعلق الدين بأمواله والحجر عليه فيها وان القرض من المنع صرف المال في الدين وعدم تضيق حق الناس وانه قد ثبت وجوب قسمة أمواله في الدين وهو مشترك في الموجود والمتجدد ووجه عدم ان الاصل عدم الحجر وان الناس مسيطرون على أموالهم وقد ثبت الحجر في الموجود حال الحجر بالاجماع وبقي غيره على الاصل وانه انما حجر عليه في ماله الموجود لنقص فيه والمعدوم لم يتعلق به والا لزاد المال على الدين كذا قالوا في بيان القولين ومن الوجهين يعلم وجه الاشكال وكأن الكلام في المسئلة غير محرر لان كلام بعض القائلين بالتعلق كالحق الثاني يعطي أن الحاكم حجر عليه في الموجود والمتجدد كأن يقول له حجرت عليك جميع التصرفات المالية من موجود ومتجدد ولا أظن ان أحدا يخالف في التعلق ويستشكل في ذلك كما ان كلام فخر الاسلام صريح في أن الحجر انما تعلق بالموجود لا غير وهذا لا ينبغي أن يستشكل فيه لان الحجر لا بد فيه من حكم الحاكم ولا يثبت بدونه فان كان حكمه ونهجه شاملا للمتجدد ثبت فيه والا فلا وحينئذ فينبغي الرجوع الى الحاكم ويستل كيف حجر وحيث يتعذر ولا يعلم الحال فالاصل عدم التعدي لعدم الدليل والظاهر لا يعارض الاصل ان كان الآن قول ان المتبادر لمكان القرائن الحالية من قوله حجرت عليك أو حجرت عليك التصرف في المال أو في مالك التحجير في المتجدد وغيره فيكون محل النزاع ما اذا أتى بهذه الالفاظ وما ماثلا مما ليس نصا في تخصيص ولا تعميم فهذا يتمسك بالتبادر بمعونة القرائن وهذا يتمسك بالاصل وينكر التبادر فتأمل جيدا وان كان محل النزاع أنه هل له أن يحجر عن الموجود والمتجدد فالظاهر انه لذلك لاتحاد الطريق اذ لا فرق ولا مانع وان كان محل النزاع أنه هل للحاكم أن يحجر عليه ثانيا في ذلك المتجدد فالظاهر ان له ذلك أيضا لما تقدم من عدم الفارق والمانع ويبقى الكلام في غناء المال الموجود عند الحجر ولهم يتسالمون على تعلق الحجر به لتبعيته ووجوده بغير اختياره واراادته ولا كذلك ما يكتسبه

(١) عموم قوله عليه السلام من وجد عين ماله فهو أحق بها ويضمف الى آخره (نسخة)

ولو باعه عبدا بضمن في ذمته بشرط الاعتراف فان أبطلنا التصرفات فالأقوى بطلان البيع والا
جاز العتق ويكون موقوفا فان قصر المال احتمل صرفه في الدين لا رجوعه الى البائع
والأقوى صحة عتقه في الحال (متن)

اذ لا يجب عليه الاكتساب فكان محل اشكال ~~قوله~~ ولو باعه عبدا بضمن في ذمته بشرط
الاعتراف فان أبطلنا التصرفات فالأقوى بطلان البيع والا جاز العتق ويكون موقوفا فان قصر المال
احتمل صرفه في الدين لا رجوعه الى البائع والأقوى صحة عتقه في الحال ~~في~~ هذا فرع ذكره في
التذكرة وأوضح مبناه وعبارة الكتاب مبنية على ذلك المبني خالية عما رماها به في جامع المقاصد
من النظر والمدافعة جيدة النظم واضحة المعنى وقد فهم منها في جامع المقاصد غير المراد منها قال
في (جامع المقاصد) في بيان معناها اذا باع بايع المفسر عبدا بضمن في ذمته بشرط في البيع أن يعتقه
بني صحة البيع المذكور على أن تصرفاته المصادقة للمال الموجود عند الحجر هل هي باطلة أو موقوفة فان
قلنا بالبطلان كان الأقوى هنا القول ببطلان البيع لان الشرط الواقع فيه مخالف لحكم السنة حيث انه
اقتضى التصرف في المال الموجود حين الحجر فان العبد على تقدير صحة البيع مال المفسر لا تنقله
الى ملكه والحجر يتعلق بالمتجدد كغيره على ما سبق فيكون باطلا فيبطل البيع يبطلانه
لان الشرط اذا بطل أبطل خصوصا هنا لان اعتراف العبد غرض مطلوب للبائع مقابل بعوض لان
الثمن حينئذ يكون أقل فاذا فاتت قد فاته بعض الثمن فتمتع الصحة ثم قال وفي هذا التفرع
نظر اذ لا يلزم من بطلان التصرفات في الاموال التي تتعلق بها حق الغرماء بطلان ما ليس كذلك فهو
بمنزلة ما اذا كان المورد الذمة وهنا لم تتعلق حقوق الغرماء بالعبد على تقدير صحة البيع لان تعلق حقهم
بالمتجدد انما هو في المتجدد الذي لم يشترط في سبب انتقاله ما يمنع تعلق حق الغرماء به وهنا كذلك
لان انتقال العبد مشروط في سبب انتقاله العتق وهو مناف لتعلق حق الغرماء والا لم ينفذ فينتفي المانع
من صحة الشرط فيصح البيع واختيار المصنف اخيرا ينه على هذا أنهى ما اردنا نقله من كلامه
وقد عرفت انه بني صحة البيع المذكور على ان تصرفاته المصادقة للمال الموجود عند الحجر هل هي
باطلة أو موقوفة والمصنف لم يبين المسئلة على ذلك وانما بناها على ان التصرف في الذمة باطل كما هو
أحد وجهي الشافعية قال في (التذكرة) لو باعه عبدا بضمن في ذمته بشرط الاعتراف فان أبطلنا جميع
التصرفات سواء وردت على العين أو في الذمة فالأقوى بطلان البيع وان قلنا بالصحة فيما يكون مورده
الذمة على ما اخترناه صح البيع والعتق معا ويكون العتق موقوفا فان قصر المال احتمل صرفه في الدين
لا رجوعه الى البائع والأقوى صحة عتقه في الحال أنهى وهي عبارة الكتاب بمعنى وعلى هذا المبني
لا يرد عليها شيء مما أورده في (جامع المقاصد) من النظر والمدافعة كما ستسمع المدافعة نعم قد يرد
عليها بناء على ذلك أنه يتعين بطلان البيع لانه الأقوى ويمكن تأويله بمثل ما مضى في التصرف
الوارد على المين وانه يبعد على القول بالصحة فيما مورده الذمة ان يكون العتق موقوفا فان فضل نقد
العتق وأن قصر المال احتمل صرفه في الدين لانه مال المفسر ووجه البعد ما ذكره في (جامع المقاصد)
من أن تعلق حقهم بالمتجدد انما هو في المتجدد الذي لم يشترط في سبب انتقاله ما يمنع تعلق حق الغرماء
به الا ان نقول انه بناء على ان هذا الشرط مخالف للسنة فيكون باطلا وانه اذا بطل الشرط لا يبطل

ولو وهب بشرط الثواب ثم أفلس لم يكن له اسقاط الثواب ولو أقرب دين سابق لزمه وهل ينفذ على
الغرماء اشكال ينشأ من تعلق حقهم بماله كالرهن ومن مساواة الاقرار للينة ولا تهمه فيه (متن)

العقد لكنه يقوم حينئذ احتمال تسلط البايع على الفسخ ورجوعه اليه وكان الواجب حينئذ ان يذكره
ولعله نبه عليه بقوله لارجوعه الى البايع فتأمل ولما كان هذان الاحتمالان كما ترى قال والاقوى صحة
عقده في الحال فقوله أولا الاقوى بطلان البيع مبني على القول ببطلان ما مورده الذمة وليس مفرعا
على كونها أي التصرفات موقوفة كما فهمه في (جامع المقاصد) حتى يدافع قوله الاقوى صحة البيع
والتق في الحال قال في (جامع المقاصد) واعلم أن نظم العبارة غير حسن لما يظهر من المدافعة بين
كون الاقوى بطلان البيع تقريبا على كونها موقوفة وبين ما صرح به أخيرا من أن الاقوى صحة البيع
والتق في الحال فلو قال احتمال بناء البطلان هنا ووقوعه موقوفا على القولين السابقين والاقوى الصحة
وجواز التق في الحال لكان أحسن وأبعد عن الخلل في الفهم انتهى وأراد بقوله تقريبا على كونها
موقوفة للايقاف الذي مضى للمصنف فيما اذا كان مورد التصرف عين مال فانه احتمال هناك البطلان
والايقاف وظن ان ما نحن فيه مفرعا على الايقاف ولقد ذهب بعيدا اذ تلك مسألة عين المال وقد فرغ
منها ومن فروعها وما نحن فيه من مسألة الذمة وبقايا فروعها ثم ان المصنف قال فان أبطلنا التصرفات
فالاقوى بطلان البيع فقد فرع الاقوى على البطلان كما فهمه هو أولا الايقاف لا الذي فرغ منه ولو
لاحظ التذكرة لضرب على ما حرره قوله ﴿ ولو وهب بشرط الثواب ثم أفلس لم يكن له
اسقاط الثواب ﴾ اذا وهب المفلس شيئا فاما ان يقبض قبل الفلاس أولا فان كان الثاني فلا حكم له
وان كان الأول فاما ان يمين ثوبا أو يطلق فان كان الأول فلا بحث وان كان الثاني فقد ذكر فيه
في التحرير ثلاثة أوجه (الأول) وجوب قيمة الموهوب فلا يجوز له اخذ اقل من ذلك (الثاني) ما جرت العادة
أن يثاب مثله فليس له أن يرضى بدونه (الثالث) ما يرضى به الواهب فيكون ما يرضى به وان قل ولا
اعتراض للغرماء وقال في باب الهبة ان شرط ثوبا مجبولا صح ولزمه دفع ما يصدق عليه اطلاق الأسم
ولو اثنابه منها أي الهبة فالاقرب الجواز ولا يجب عليه دفع ما يرضى به الواهب ولا قيمة الموهوب ولا
ما تقضي المادة به وقوى الشيخ لزوم الأخير ووجه عدم الاسقاط انه مال ثبت له فلا يكون له اسقاطه
لانه تصرف في المال بالاسقاط فيكون ممنوعا منه ولو شرط عليه في عقد لازم اشتراط رهن عين من
ماله فقد احتمل في جامع المقاصد انه كاشتراط الثواب قوله ﴿ ولو أقرب دين سابق لزمه ﴾
قولا واحدا كما في جامع المقاصد وظاهر المسالك ولا اجد فيه مخالفا ولا حكاية خلاف سوى
ما حكاه فخر الاسلام في شرح الارشاد عن بعض الاصحاب انه لا يصح اقراره مطلقا كالفقيه لعموم
اقرار العقلاء على انفسهم جائز والمانع في العين متف هنا لانه في العين مناف لحق الديان المتعلق بها
وان الاقرار ليس كالانشاء حيث قيل يبطلانه رأسا فلا ينفذ بعد الحجر لان الغرض من ابطال
التصرف الفناء الانشاء الموجب لاحداث الملك اما الاقرار فانه اخبار عن حق سابق لم يتعلق به الحجر
ولم يقتض الحجر سلب أهلية العبارة عن المحجور فاذا تعلق له غرض يبرائة ذمته بالاقرار وجب قبوله
منه وانما الخلاف في ان المقر له هل يشارك الغرماء ام لا كما ستسمع قوله ﴿ وهل ينفذ على
الغرماء اشكال ينشأ من تعلق حقهم بماله كالرهن ومن مساواة الاقرار للينة ولا تهمه فيه ﴾ اخبر

ولو أسنده الى ما بعد الحجر فان قال عن معاملة لزمه خاصة وان قال عن اتلاف مال أو جناية فكما لسابق (متن)

التفوذ على الغرماء والمشاركة لهم في المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وحكامه في غاية المراد عن أبي منصور الطبرسي وهو الذي قرى به الشهيد في حواشيه بشرط ان يكون عدلا (حجة الشيخ) ومن واقعهم عموم جواز اقرار العقلاء وعموم الاذن في قسمة امواله بين غرمائه والفرق بين الاقرار والانشاء كما عرفت آفاً وانه كالبيئة ومع قيامها لا أشكال في المشاركة وان التهمة على الغرماء متفية لان ضرر الاقرار في حقه أكثر منه في حق الغرماء وان الظاهر من حال الانسان انه لا يقر بدين عليه مع عدمه (واجب) بان الخبر قد قبلناه على نفسه ومن ثم الزمناه بالمال بعد زوال الحجر والدليل الثاني ظاهر ضعفه (والجواب) عن الثالث ان الاقرار في اثناء الحجر كالتصرف الحادث بحسب المعنى لمكان المشاركة وان كان بينهما فرق عند عدمها أي المشاركة وكونه كالبيئة مطلقاً ممنوع واستوضح ذلك فيمن لا يقبل اقراره اذا اقيمت عليه البيئة فالتقاعد ليست كلية فلا يصح كبرى الشكل ولا تنتج والتهمة على الغرماء وجودة لانه يريد اسقاط حقهم من المال الموجود وتأخير بمواطاة بينه وبين المقر له فلا يتحقق الضرر الا عليهم سلمنا لكن اقضاه انه قد يكون منها وقد لا يكون فلا يصح جعل عدم التهمة وجهاً للتفوذ ولذلك اختير علم التفوذ في الارشاد والمختلف والايضاح وشرح الارشاد لولده واللمعة وغاية المراد وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان بل في جامع المقاصد انه لا ريب ان تعلق حق الغرماء بمال المفلس اقوى من تعلق حق المرتهن بمال الراهن لثبوت الحجر هنا بصريح حكم الحاكم بخلافه هناك فكما ان الراهن لو أقر بسبق رهن لا آخر أو بعه اياها لا يسمع في حق المرتهن فهذا كذلك بطريق أولى وفي (التحرير) بعد ان اختار التفوذ كما حكيناه عنه قال وهل يقتدر الى اليقين فيه اشكال ولو كذبه الغرماء وقلنا بوجوب اليقين فان نكل ففي احلاف الغرماء على المواطاة أو المقر له اشكال هذا ويلزم على القول الاول انه لو ادعى عليه شخص بدين فانكر فحلف المدعي ثبت الدين وشارك الغرماء لان اليقين بعد الانكار كالاقرار فأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أسنده الى ما بعد الحجر فان قال عن معاملة لزمه خاصة ﴾ هذا ذكره الشيخ في المبسوط والمصنف في التذكرة والتحرير ومعناه انه لو أقر بدين لا حق بعد الحجر وأسنده الى ما بعد الحجر فان كان قد لزمه باختيار صاحبه كالبيع والقرض وغيرها من المعاملات المتجددة بعد الحجر فانه يكون في ذمته خاصة ولا يشارك المقر له الغرماء لان صاحب المال رضي بذلك أن علم انه مفلس وأن لم يعلم فقد فرط في ذلك فيلزم الصبر بها الى الفلك ولا يشارك الغرماء لان المعاملة الواقعة بعد الحجر متى تعلقت باعيان امواله كانت باطلة أو موقوفة فالأقرار بها لا يزيد عليها وقد جزم بذلك في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان قال عن اتلاف مال أو جناية فكما لسابق ﴾ يريد انه اذا اقر بدين وأسنده الى ما بعد الحجر وقال انه لزمه باتلاف مال أو جناية وحاصله انه لزمه من غير رضا واختيار من المالك والمجنى عليه وبه يفرق بينه وبين المعاملة الصادرة عن الرضا والاختيار من الجانبين فان في نفوذه على الغرماء الاشكال السابق لان كان منشاؤه في الموضعين واحداً وقد حكم في (المبسوط والروضة) بالتفوذ

وكذا الاشكال لو اقر بعين لكن هنا مع القبول يسلم الى المقر له وان قصر الباقي (متن)

وقربه في التذكرة ولم يرجح احد الاحتمالين في جامع المقاصد والمسالك ولم يتعرض له في الايضاح والظاهر ان محل الاشكال ما اذا كان من غير رضا واختيار من الطرفين فالسارق والجاني عمدا ليسا محل اشكال (وعساك تقول) لم لم يقدم حق المجني عليه على حق الغرماء كما قدم حقهم على حق المرمين (لانا) نفرق بان العبد المرهون اذا جنى فقد تعلقت جنايته بنفسه التي علق بها صاحب الدين دينه والجناية كانت حصلت من المفلس دون ماله ثم ان الدين في الرهن متعلق في الذمة والرهن معا واما الجناية فلا محل لها سوى الرهن وفيما نحن فيه الدينان متعلقان بالذمة فاستويا ونظيره في حق المفلس أن يجني عبده فيقدم المجني عليه حينئذ على حق الغرماء ونظام الكلام عند قوله ويضرب المجني عليه بالارش (فرع) لو اقر بدين ولم يستنده الى ما قبل الحجر ولا الى ما بعده حمل على الثاني وجعل بمنزلة ما لو أسنده الى ما بعد الحجر لاصالة التأخر وعدم التعلق قوله ﴿ وكذا الاشكال لو اقر بعين ﴾ أي يجيء الاشكال السابق فيما اذا أقر المفلس بعين من أعيان الاموال التي بيده لشخص وقد أختير النفوذ في المبسوط والتحرير وشرح الارشاد لولده على الظاهر منه في آخر كلامه لمسكن تعليقه وكذا التذكرة لانه في آخر المبحث كأنه تردد وكأنه قال به أو مال اليه في الايضاح ووجهه بمثل ما صرف في الدين وأنه لو لم يجعل له سبيل الى رد النصب والعارية والوديعة والمستام ونحو ذلك لزم الحرج ولبعد أن يقر بما في يده لمن ليس له والا كان سفيا والبحث انه رشيد ولان هذه العين لم يثبت انها ماله واحتمال المواطاة يدفع الاستبعاد وعدم النفوذ خيرة الارشاد واللمعة وغاية المراد وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا مجمع البرهان لمثل ما صرف في الدين ولزيادة هنا تردد لاجلها في الشرائع وهي تعلق حق الغرماء بأعيان امواله (وفيه) انه لا فرق بين أخذه بعض الاعيان بموجب التقسيط وبين أخذه ذلك البعض مع تعلق حقهم به وفي (مجمع البرهان) وكذا شرح الارشاد أن الحاكم ينبغي له أن يؤخر هذه العين فان فضلت سلمها الى المقر له والا جاء الاشكال كما في الاول وبعدها في الديون كما في الثاني وغرمه مثلها أو قيمتها للمقر له وستسمع ما في المبسوط هذا وقال في (المسالك) ان جملة الاقوال في المسئلة اتفقت على قدر الاحتمالات الممكنة وهي أربعة ففي نفوذه فيها اثباته فيها ثبوته في العين دون الدين اختاره ابن ادریس وبالعكس قال وهو ظاهر المصنف والكتاب أي الشرائع انتهى وهذا النقل كما ترى لانك قد عرفت ما حكينا عن ابن ادریس وعن الشرائع ثم ان الشهيد في غاية المراد قال لم يقل أحد بالقبول في العين دون الدين الا متكاف وقد سمعت ما حكينا عن فخر الاسلام في شرح الارشاد من النفوذ في العين دون الدين ويفهم مما سيأتي قريبا عن المبسوط أن الاقوال تزيد عن الاربعة عند التأمل الصادق لان القول بوجوب تأخير العين هنا كما اذا تصرف بها يبيع أو نحوه قوي جدا قوله ﴿ لكن هنا مع القبول يسلم الى المقر له وان قصر الباقي ﴾ هذا ذكره في المبسوط وتبعه عليه المصنف وغيره قال في (المبسوط) فان اقر بعين فان اقراره صحيح وتكون العين لمن أقربها وقيل انه لا يرد العين الا بعد أن يقسم ماله بين الغرماء فان وفي بها أخذ العين وان لم يف تمت من العين وبقي قيمتها في ذمة المفلس ونحوه ما في التذكرة والتحرير والمسالك ولعل غرضهم بقولهم ان وفي بها ولم يقصر الباقي ما اذا أبرأ بعضهم أو زادت القيمة وبذلك تندفع مناقشة المحقق الثاني عن العبارة حيث قال فيها مناقشة فان قوله وان قصر الباقي يقتضي

ولو كذبه المقر له قسمت ومع عدم القبول اذا فضلت دفعت الى المقر له قطعا بخلاف المبيع فان فيه اشكالا وكذا الاشكال لو ادعى اجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر وصدقه ولو قال هذا مضاربة لغائب قيل يقر في يده ولو قال لحاضر وصدقه دفع اليه والا قسم ويصير من باعه بعد الحجر بالثمن ان كان عالما ويحتمل في الجاهل بالحجر الضرب (متن)

ثبوت الحكم بتسليم العين ان لم يقصر الباقي وان قصر على ما هو مقتضى العطف بأن الوصية وليس بمستقيم اذ مع عدم التصور كيف يتصور صحة الحجر ثم احتمل جعل الواو للحال ولا يخفى بعده ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كذبه المقر له قسمت ﴾ كما في التذكرة ومعناه انه لو كذب المقر له المحجور عليه في اقراره بكون العين له قسمت بين الغرماء لتعلق حقوقهم بها سابقا واخراجها عنهم انما كان مع صحة الاقرار ومع رد المقر له لا يكون الاقرار صحيحا ولا يشكل بأن الاقرار على تقدير نفوذه على الغرماء لا يبطل برد المقر له وتكذيبه بل تخرج العين عن المقر بالاقرار وان لم يتعين مالهما فيكون المجهول المالك فكيف تعود الى المقر وتقسم بين الغرماء ويأتي في الاقرار بلطف الله وبركة خير خاله محمد وآله صلى الله عليه وسلم تحقيق الحال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومع عدم القبول اذا فضلت دفعت الى المقر له قطعا بخلاف المبيع فان فيه اشكالا ﴾ أي في دفع المبيع الى المشتري لو فضل عن ديون الغرماء اشكال ينشأ من بطلان التصرفات الواقعة بعد الحجر المصادقة للمال وكونها موقوفة ولا كذلك الاقرار الصادر من المفلس فانه لازم وفاقد عليه قطعا وان لم ينفذ على الغرماء فاذا فضلت العين عن الديون بارتفاع قيمة ونحوها دفعت الى المقر قطعا بلا اشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا الاشكال لو ادعى اجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر وصدقه ﴾ ومثله ما في التذكرة أي وكذا الاشكال في النفوذ على الغرماء وعدمه لو ادعى اجنبي شراء عين في يد المفلس ويحتمل عود ضمير يده للأجنبي فيكون الاجنبي قد ادعى شراءه عينا من المفلس وهي في يد الاجنبي فيصدقه فان في نفوذ ذلك على الغرماء في الصورتين الاشكال ولا كلام في نفوذه في حقه فيجب عليه مثلها أو قيمتها اذا قسمت على الغرماء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال هذا مضاربة لغائب قيل يقر في يده ولو قال لحاضر وصدقه دفع اليه والا قسم ﴾ ونحوه ما في الشرائع والتحرير وقال في (المبسوط) ان أقر بالمال الا أنه قال هو مضاربة لفلان فان المقر له لا يخلو من أحد أمرين اما أن يكون غائبا أو حاضرا فان كان غائبا كان القول قول المفلس مع يمينه انه الغائب فاذا حلف أقر المال في يده للغائب ولا حق للغرماء فيه وان كان حاضرا نظر فيه فان صدقه ثبت له لانه اقرار من جائز التصرف وصدقه المقر له فوجب أن يكون لازما وان كذبه بطل اقراره ووجب قسمته بين الغرماء (وفيه) بعد تسليم نفوذ اقراره على الغرماء ان اليمين لم تشرع لاثبات مال الغير ثم انه لا وجه لها مع الاقرار وأما ابقاؤه في يده حيث يسمع اقراره فغير بعيد لاصالة عدم العدوان وهو مكاف رشيد وانما ترفع يده عن ماله لتعلق حق الغرماء به أما مال الغير الذي هو وكيل فيه فلا وجه لرفع يده عنه وأما اذا كان لحاضر فقد وافقه المصنف على ما ذكر وفي (جامع المقاصد) فيه الاشكال المتقدم وان الاصح عدم القبول وان لم يصدقه فقد مر مثله وحكمه حكمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصير من باعه بعد الحجر بالثمن ان كان عالما ويحتمل في الجاهل بالحجر الضرب والاختصاص

والاختصاص بين ماله والصبر وكذا القرض ويضرب المجني عليه بعد الحجر بالارش وقيمة
المتلف واجرة الكيال والوزان والحمال وما يتعلق بمصلحة الحجر مقدمة على سائر الديون وله
الرد بالعيب مع الغبطة لا بدونها وله الفسخ بالخيار والامضاء من غير تهيد (متن)

بين ماله والصبر ﴿ قد قدم الكلام في ذلك وانه قوى الاخير في التحرير وقربه في جامع المقاصد
وان فخر الاسلام في شرح الارشاد خيره بين الثلاثة وأما العالم فانه يجب عليه الصبر بالارب ﴿ قوله ﴾
﴿ وكذا القرض ﴾ أي نحتل فيه الوجوه الثلاثة مع الجهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويضرب المجني عليه
بعد الحجر بالارش وقيمة المتلف ﴾ هذا ما لزمه بتغير اختيار المستحق كارش الجناية على نفس كانت أو
طرف وعوض التالف اذا كانت على مال مثلاً أو قيمة وقد صرح بأنه يضرب فيها في جامع المقاصد
والمسالك واقتصر في الشرائع والارشاد على ذكر الثاني أعني ما اذا اتلف مالا (وحجتهم) على الحكم في
الامرين أن المجني عليه أو على ماله لم يوجد منه قصير ولا رضا وانما ثبت حقه بوجه قهري ثبت له
استحقاق الضرب فيعد تكليفه الصبر والانتظار وهذا هو الاطلاق الذي أشرنا اليه آنفاً ومن ثم قبل
مثل ذلك في الجاهل الا أن بينهما فرقا وهو أن الجاهل مختار وربما كان جهله مستندا الى قصيره
في البحث عن حال معاملة لان المحجور عليه يشيع خبره على وجه لا يشبه الا على المقصر في البحث
وهذه الادلة كما ترى لا تدفع ما دل على تعلق حق الغرماء بالاعيان فكأنها صارت لهم ولا مال للمفلس
فصار مانع فيه كالوجني الزاهن ولا مال له غير المرهون فانه لا يزاحم المجني عليه المرتهن فتأمل ولا
تغفل عما سلف آنفاً وقد يستدل عليه بعموم الخبر الدال على الضرب وبما دل على وجوب عوض المتلف
وهي أيضا كما تري ولعله لذلك لم يرجع في التذكرة وتأمل مولانا المقدس الاردبيلي ﴿ قوله ﴾
﴿ وأجرة الكيال والوزان والحمال وما يتعلق بمصلحة الحجر مقدمة على سائر الديون ﴾ كما في الارشاد
ومجمع البرهان وفي الاخير ان وجهه ظاهر وهذه العبارة نطقت بأنها في مال المفلس من دون تهيد وفي
(الشرائع والتحرير) اذا لم يوجد من يتبرع بالبيع ولا بذات الاجرة من يث المال وجب أخذها من
المفلس ومقتضي ذلك جواز أخذها من بيت المال ومعنى عدم بذلها من بيت المال انه اذا لم يكن في
بيت المال سعة اما لعدمه أو للاحتياج الى صرفه الى ما هو أهم من ذلك جاز أخذها من مال المفلس
وفي (التذكرة) انه مؤنة الاموال كاجرة الوزان والناقد والكيال والحمال والمنادي وأجرة البيت الذي
فيه المتاع مقدمة على ديون الغرماء لانها لمصلحة الحجر وايصال ارباب الحقوق حقهم ولولم تقدم لم يرغب
أحد في تلك الاعمال وحصل الضرر للمفلس والغرماء وهذا كله اذا لم يوجد متطوع بذلك ولا في بيت
المال سعة له فان وجد متطوع أو كان في بيت المال سعة لم يصرف مال المفلس اليها وهو يوافق ما في
الشرائع والتحرير واستجوده في المسالك وقال في (جامع المقاصد) انه مع وجود بيت المال بشكل
المنع من صرف الاجرة من مال المفلس فان ذلك لضرورة وقاء دينه فكيف لا يجوز صرفه من ماله نعم
يجوز ذلك قلت وهو كذلك وأما اذا وجد المتطوع فلا شبهة في عدم جواز صرف الاجرة من مال
المفلس ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله الرد بالعيب مع الغبطة لا بدونها وله الفسخ بالخيار والامضاء من غير تهيد

بشرط الغبطة ويمنع من قبض بعض حقه ولا يمنع من وطئ مستولده وفي وطئ غيرها من آمانه
نظراً أقرب به المنع فإن أحبل فهي أم ولد ولا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها ولو أقر بمال
وأطلق لم يشارك المقر له لاحتمال كون السبب لا يقتضي الضرب (متن)

بشرط الغبطة ﴿ قد تقدم الكلام فيه في أول المطلب الثاني ﴾ قوله ﴿ ويمنع من قبض بعض حقه ﴾ وكذا قال في التذكرة وفسر الشهيد العبارة بأنه يمنع من قبض البعض عن الكل وهو معنى قوله في الارشاد والتحريم ليس له قبض دون حقه أي صفة كان أو مقداراً وقيد العبارة في جامع المقاصد بما إذا لم يلزم قبض البعض إذا بذله من عليه قال فلو كان عن اتلاف مال كان له قبض البعض ولو كان عوضاً في بيع لم يكن له ذلك لأن فيه اسقاطاً لحق يتعلق بللمال فيمنع منه لأنه تصرف مبتدأ انتهى فليأمل فيه ولا ريب أن المفلس لا يمنع من قبض ماله وإنما يمنع من التصرف فيه لأنه ليس بسفيه فلا بد أن يراد من العبارة ما فهمه الشهيد وفرقه في جامع المقاصد بين ما كان عن اتلاف وما كان عوضاً في بيع لم يتضح لنا وجهه لأن كلا منهما دين لا يجوز له اسقاطه لأنه ممنوع من الاسقاط بعرض فغير العرض الموضوع أولى كما نص عليه في مواضع من التذكرة كما لم يتضح لنا وجه التقييد أيضاً ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولا يمنع من وطئ مستولده ﴾ كما نص عليه في التذكرة لأن الحجر لا يتعلق بها لأنها لا تباع إلا إذا كانت قد رهنّت قبل الاستيلاء أو كان ثمنها ديناً على مولاها ولا وجه له سواها وأما فيما في غير ذلك من تمام العشرين موضعاً فلا يتعلق لا كثرها بما نحن فيه والقول بوجوب مؤاجرتها لا يستلزم الحجر بها إذا كان متعلقاً ببعض المنافع لكن المصنف سيندد فيما يأتي من الكتاب في بيعها من غير رهن قال وهل تباع أم ولده من غير رهن نظر فإن منعناه ففي مؤاجرتها نظر وهذا النظر يناهز الجزم بجواز وطئ المفلس أم ولده وتردده في وطئ غيرها من الأماء ويأتي تمام الكلام بلطف الله تعالى وبركة خير خلقه محمد وآله صلى الله عليه وسلم ﴿ قوله ﴾ - ﴿ وفي وطئ غيرها من آمانه نظر أقرب به المنع ﴾ كما في التذكرة وهو الاصح كما في جامع المقاصد ولم يرجح في الايضاح وينشأ النظر من أنه تصرف معرض للاتلاف لجواز موتها في الطلق أو نقصان قيمتها ومن أنه لا يقتضي اخراج ملك وبهذا التقرير يتضح وجهها النظر ولا حاجة بنا إلى ما في جامع المقاصد من توجيه الأول بمنعه من التصرف في أمواله بالحجر وأنه معرض للاتلاف بالأحبال فأورد عليه بأنه لا يتم إلا إذا أبطلنا حق الغرماء بالأحبال وسيأتي أنه لا يبطل ويضمهم من كلامهم في المقام أن التصرف الذي لا يضر بحقوق الغرماء في الحال ولا في المآل لا يمنع منه المحجور عليه ﴿ قوله ﴾ - ﴿ فإن أحبل فهي أم ولد ولا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها ﴾ هذا عين عبارة التذكرة وقضية قوله فيهما مع القصور دونها أنها تؤخر في البيع لئلا يبطل حق الاستيلاء من غير موجب ﴿ قوله ﴾ - ﴿ ولو أقر بمال وأطلق لم يشارك المقر له لاحتمال كون السبب لا يقتضي الضرب ﴾ معنى الاطلاق أنه لم يستند إلى ما قبل الحجر ولا إلى ما بعده ولا إلى اتلاف ولا إلى غيره والوجه في عدم مشاركته حينئذ احتمال كونه بعد الحجر لا عن اتلاف وأصل عدم المشاركة وأصل تأخره مع جهل تاريخه كما هو المفروض والا وجبت مطالبته بالبيان يقضيان بتعين هذا الاحتمال وقد يكون من صور الاطلاق ما إذا استند إلى اتلاف ولم يبين أنه قبل الحجر أو بعده أو أسنده إلى بعد الحجر ولم يبين أنه عن اتلاف وغيره إلى غير ذلك فليأمل وهذا مبني على أن

ولو أقام شاهداً بدين حلف عنه وجعل في سائر أمواله فإن نكل قفي أحلاف الغرماء اشكال وكذا لو كان الدين لميت ونكل الوارث ويمتعه صاحب الدين الحال من السفر قبل الإيفاء (متن)

الاقرار بما أسنده الى سبب قبل الحجر أو اتلاف مطلقاً ماض على الغرماء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أقام شاهداً بدين حلف معه وجعل في سائر أمواله فإن نكل قفي أحلاف الغرماء اشكال ﴾ لانعلم خلافاً في أنه للمفلس المحجور عليه الدعوى كما في (التذكرة) فلو أقام شاهداً واحداً بدعواه فإن حلف مع شاهده جاز واستحق به المال وتعلق به حق الغرماء وقد صرح بذلك في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد وغيرها ووجه واضح وإن امتنع لم يجبره الحاكم على اليمين لانا لانعلم صدق الشاهد ولو علمناه ثبت الحق بشهادته من غير يمين فلا يجبره على الحلف على ما لا نعلم صدقه وأيضاً فالخلف تكسب وهو غير واجب عليه فلو نكل لم يخلف الغرماء مع الشاهد كما هو خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان وهو مذهب الاكثر كما في المسالك وفي (جمع البرهان) كانه مجمع عليه وفي (التذكرة) لم يخلف الغرماء مع الشاهد عندنا وفي (جامع المقاصد) الاجماع على امتناع اليمين لاثبات مال الغير والقول بالجواز لا يبي علي لانه يعود النفع اليهم ويستحقون المطالبة فهو مال لهم بالقوة القرينة (وفيه) انه لا يخرج بذلك عن كونه مال الغير وقيل ان فيه اشكالا آخر وهو ان كل واحد منهم ان حلف على مجموع المال كان حلفاً لاثبات مال لغيره وهو باقي الغرماء وهو ممتنع أيضاً زيادة على ما تقدم وإن حلف على بعضه وهو القدر الذي يصيبه بالتقسيم لم يثبت له أجمع بل يثبت له بعضه (وفيه) ان لا يبي علي أن يقول انا نحتاو الاول ولا يستلزم ذلك اثبات باقي الدين لباقي الغرماء لانا نقول انما يثبت بذلك استحقاقه الا أن نقول انه يتضمن اثبات مال الغير أيضاً لان استحقاقه حصته فرع على ثبوت جميع الدين في ذمة المدينون وان لم يثبت بذلك استحقاق باقي الغرماء فاقبل (ثم ان) الشهيد ذكر ان أقسام الخلف لمال الغير ثلاثة (الاول) أن لا يكون للخالف فيه حق فلا يصح حلفه اجماعاً (الثاني) أن يكون للخالف حق وابعده حق لكن حق الخالف مقدم كما نحن فيه وكالمرتهن وخلاف أبي علي في هذا القسم (الثالث) أن يكون للخالف حق وابعده حق ولكن حق الغير مقدم كالراهن ومالك الجاني فهذا يخلف ويثبت حق غيره وهو جائز اجماعاً قال والوسيلة في جواز حلف الغرماء اذا علموا امتناع الوارث أو المفلس أن ينقلوا المال اليهم بعقد شرعي يعلم به الشاهد ثم يشهد ويخلفون انتهى فليتأمل فيه جيداً ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو كان الدين لميت ونكل الوارث ﴾ أي وكذا يحكي الاشكال لو كان الدين لميت له غرماء ونكل الوارث لكن قال الشهيد لو كان الدين لميت وامتنع الورثة من اليمين جاز للغرماء أن يخلفوا على الاقوى كذا في الحواشي ولعله لان نكل المفلس يورث دينه ظاهرة ولا كذلك الوارث لانه قد يخفى الحق عليه ولا يخفى على الغرماء وان غرماء الميت آيسون من خلفه فمكنوا من اليمين ولا كذلك غرماء المفلس فاقبل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويمتعه صاحب الدين الحال من السفر قبل الإيفاء ﴾ الوجه فيه ان أداء الدين الحال مع المطالبة والتمكن من الاداء واجب على الفور فله المنع من كل ما ينافيه والحكم مما لا ريب فيه وليس هذا في الحقيقة منعاً من السفر كما يمنع السيد عبده والزوج زوجته بل هو شغل له عن السفر يرفعه الى الحاكم ومطالبته حتى يوفي الحق وجسه ان ما طل والضيمير في يمنعه راجع أما الى

لا المؤجل ولا يطالبه بكفيل ولا اشهاد وان كان الدين يحل قبل الرجوع ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الاجل لكن لا يلزمه ملازمة الرقيب ﴿المطلب الثالث﴾ في بيع ماله وقسمته ينبغي للحاكم المبادرة الى بيع ماله ثلاثا تطول مدة الحجر (متن)

المديون بدلالة صاحب الدين عليه أو بدلالة المفلس عليه لانه مثله على حد قوله جل شأنه وما يعمر من معمر ولا ينقص من عمره أي من عمر آخر لا متاع النقص في عمر من زيد سيفه عمره بالتعمير ﴿قوله﴾ ﴿ لا المؤجل ولا يطالبه بكفيل ولا اشهاد وان كان الدين يحل قبل الرجوع ﴾ اذا كان الدين مؤجلا لا يمنع منه سواء كان السفر مخوفا أم لا خلف وفاء أم لا اذ ليس له مطالبة في الحال بالحق فليس له أيضا مطالبة برهن ولا كفيل لانه ليس له مطالبة بالحق فكيف تكون له المطالبة بالرهن والكفيل وهو المفروط في حفظ نفسه حيث رضي بالتأجيل من دون رهن ولا كفيل وقد حكم هنا بأنه ليس له المطالبة بالاشهاد لاصالة العدم ولان الامر في قوله جلت عظمته واستشهدوا شهيدين للارشاد ومثل ما قلناه سابقا حيث رضي بدون اشهاد وقرب في التذكرة انه له ذلك وفي (جامع المقاصد) انه الظاهر لان في ترك الاشهاد ضررا يتنا فهو منفي بالآية والحديث (وفيه) انه هو الذي أدخله على نفسه ولعموم قوله واستشهدوا فيشمل ابتداء الادانة واستدامتها ومتى توجه الامر بالاشهاد الى صاحب الدين فلا بد من ايجاب ذلك على المديون والا لم تكمل فائدة الامر (وفيه) انا اذا قلنا ان الامر للارشاد كما عليه الاصحاب لم يتجه ذلك قال ولان حتمية الدين ثابتة انما المنفي استحقاق المطالبة قبل الاجل فكل ما تفرع على استحقاق الاخذ من الرهن والكفيل لا يجب بخلاف ما كان مرتبا على أصل الدين وهو الاشهاد (وفيه) ان هذه التفرقة غير واضحة ولا فرق بين ان يكون الاجل قليلا أو كثيرا ولا بين أن يكون السفر طويلا أو قصيرا فلو بقي من الاجل نصف نهار ثم أراد انشاء سفر طويل في أوله لم يكن لصاحب الدين منعه كما في (التذكرة وجامع المقاصد) والمحالف في ذلك بعض الشافعية ومالك ﴿قوله﴾ ﴿ ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الاجل لكن لا يلزمه ملازمة الرقيب ﴾ لما فيه من الاضرار والاستخفاف من غير استحقاق قال في (التذكرة) اذا ثبت هذا فانه اذا حل الاجل وهو في السفر ويمكن من الاداء وجب عليه اما برجوعه أو بافاد ذكيله أو بيعه رسالة أو بغيره من الوجوه قال في (جامع المقاصد) هذا ناظر الى عدم وجوب الاداء في غير بلد الدين وقد حققنا الحال في باب البيع وباب الدين وهذه المسائل من أحكام الدين استطراد لها هنا للمشاكلة ﴿المطلب الثالث﴾ في بيع ماله وقسمته ﴿قوله﴾ ﴿ ينبغي للحاكم المبادرة الى بيع ماله ثلاثا تطول مدة الحجر ﴾ هذا الحكم لم يتعرض له أحد قبل المصنف فيما أجد وظاهره هنا أو صريحه الاستعجاب كما هو صريح التذكرة وقال في (التحرير) على الحاكم أن يبادر الى بيع ماله وقسمته وظاهره الوجوب وقد علله هنا بما سمعت وزاد في التذكرة خوف التلف وقال في (جامع المقاصد) ان تعليل الكتاب يرشد الى الوجوب فان المنع من التصرفات بالحجر على خلاف الاصل فيجب الاقتصار فيه على قدر الحاجة قال والوجوب أظهر وان عبارة الكتاب تحتمل الامرين وان كانت أظهر في الاستعجاب الا أن التعليل يرشد الى الوجوب (قلت) قد عرفت ما في التذكرة من التصريح بالاستعجاب مع التعليل المذكور وزيادة والاصل بمعانيه الثلاثة يدفع الوجوب وقال في (التذكرة) ولا يفراط في الاستعجال كيلا يطعم فيه المشترون

واحضار كل متاع الى سوقه واحضار الغرماء والبدأة بالخوف تلفه ثم بالرهن (متن)

بشن بنحس واستحسنه في (جامع المقاصد) ﴿ قوله ﴾ ﴿ واحضار كل متاع الى سوقه ﴾ أي ان ذلك مستحب كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وغيرها وفي (المسالك ومجمع البرهان) أطلق الجماعة الاستعجاب وظاهر اللمعة الوجوب وبه جزم في (الروضة) مع رجاء زيادة القيمة وفي (المسالك) انه حينئذ أولى واستحبه فيه اذا وثق باتقاء الزيادة اذا باعه في غير سوقه ونفى عنه أي الوجوب البعد في جامع المقاصد الا أن يقطع باتقاء الزيادة باحضاره في سوقه وفي (مجمع البرهان) ان المناسب حينئذ الوجوب (قلت) والاصل ينفي ذلك والوجوب يحتاج الى دليل الا أن يقطع بتقصان القيمة اذا بيع في غير سوقه لانه لا يزيد عن مال الطفل وقد قالوا انه لا يجب عليه أكثر من مراعاة المصلحة بمعنى علم التقيصة ومنهم صاحب (جامع المقاصد) وانه لا يجب عليه تحري الاصلح وما فيه النبطة وهذا نافع في هذا الباب وفي (المبسوط والتذكرة) انه ان باعه في غير سوقه بشن مثله كان جائزا لان المقصود قد حصل وفي (جامع المقاصد) لو شق نقله الى سوقه نودي عليه فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ واحضار الغرماء ﴾ أي يستحب ذلك كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والمسالك ومجمع البرهان لانه يباع لهم فرما رغبوا في بعض المتاع فزادوا فيكون أوفر للشن وأبعد للهمة وظاهر المبسوط وجوب احضار الغريم وفي (التذكرة والتحرير) صرح باستعجاب احضاره او وكيله وفي (جامع المقاصد) انه لورجي بحضوره زيادة نعم وجب واحتمله في (المسالك) وينبغي احضار المفلس وقد ذكر في التذكرة لحضور المفلس فوائد وهي انه أخبر بمتاعه وأعرف بحجده من رديه وثمنه ويعرف المغيب من غيره ولانه تكثر الرغبة بحضوره فان شراء المال من مالكه أحب الى المشتري ولانه أبعد عن الهمة وأطيب لقلب المفلس وليطلع على المغيب ان كان فيباع على وجه لا يرد وثل هذا في الرهن قال وليس ذلك واجبا فيهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ والبدأة بالخوف تلفه ﴾ أي يستحب كما في المبسوط والشرائع والتحرير وظاهر الارشاد والتذكرة الوجوب وهو صريح جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان بل في الاول انه لا ريب في وجوبه لوجوب الاحتياط على الامناء والوكلاء فالحاكم أولى فان تصرفه قهري فلا يجوز له تعريض مال من حجر عليه للتلف فيبيع المأكلة والطعام ونحوهما أولا (قلت) لعل من جعل ذلك من المستحب اعتبر احتمال التلف كغيره لا ظن التلف والعلم به قبل بيعه فانه حينئذ يجب المبادرة ويمكن ان يقال ان كون الشيء مخوفا تلفه في نفسه لا يقتضي حصول خوف في الوقت فلا يلزم وجوب المبادرة اليه لان ذلك انما هو عند خوف التلف ولا يلزم من كون الشيء مخوفا التلف باعتباره من جنسه ان يكون مخوفا التلف في وقته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ثم بالرهن ﴾ البدوة بالرهن بعد الخوف تلفه خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد على ما اختير فيها من وجوب وندب الا ان وجوب تقديم الرهن على غيره كما هو ظاهر الارشاد وصريح جامع المقاصد غير ظاهر وجهه على التقديرين انه ربما زادت قيمته على دين المرتهن فيضم الباقي الى مال المفلس وربما نقصت فيضرب المرتهن بياقي دينه مع باقي الغرماء وهذا قد يعلم قبل القسمة فيناسب الاستعجاب وظاهر التذكرة وجوب تقديم ما يخشى تلفه واستعجاب البدوة ببيع الرهن وتقديمه على غيره (قال مستلة) ينبغي للحاكم ان يبدء ببيع الرهن الى آخره (ثم قال) مستلة ويقدم بيع ما يخاف عليه الفساد ثم الحيوان لحاجته الى النفقة وكونه

والجاني والتحويل على مناد مرضي عند الغرماء والمفلس فان تعاسروا عين الحاكم وأجرته على
المفلس ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن بل متأخراً أو معا (متن)

عرضة للهلاك ثم سائر المنقولات قوله في المسالك وهذا التقديم يناسب الاستعجاب اي تقديم الرهن
على غيره لان الغرض معرفة الزائد والناقص وهو يحصل قبل القسمة وفي (التذكرة) قدمه أي الرهن على
بيع المخوف وما هنا أي الشرائع أولى غير جيد اذ قد عرفت ما في التذكرة وانه ليس فيها الا التقديم
بحسب الذكر لا التقديم بالفعل **قوله** (والجاني) جعل بيع الجاني بعد الرهن كما في المبسوط
والتذكرة والتحرير والمسالك لان العبد الجاني في حكم الرهن لتعلق حق المجني عليه برقبته واختصاصه
به وربما فضل منه فضله كالرهن ويفارقه بانه لو قصر عن ارش الجناية لم يستحق المجني عليه الزائد
لان حقه لم يتعلق بالذمة بل بالعين بخلاف الرهن فانه متعلق بهما وفي (جامع المقاصد) ان هذا الحكم
كسابقة ينبغي أن يكون على سبيل الوجوب وجعل في المبسوط والتذكرة وكذا التحرير والمسالك بيع
الحيوان بعد بيع الجاني ونفى عنه البعد في جامع المقاصد لحاجته الى النفقة وكونه عرضة للهلاك وقال في
(التذكرة) ثم سائر المنقولات لان التلف اليها أسرع من العقارات لانها لا يخشى عليها التلف ولا السرقة
قوله (والتحويل على مناد مرضي عند الغرماء والمفلس) أي ينبغي ذلك كما في الشرائع
والتذكرة والتحرير والارشاد وقال في (المبسوط) اذا اراد الحاكم بيع متاع المفلس يقول للمفلس
والغرماء ارتضوا بمناد ينادي ويكون ثقة صادقا لان الحاكم لا يتولى ذلك ولا يكلف الغرماء ان يتولوا
ذلك فان اتفقوا على رجل نظر الحاكم فان كان ثقة امضاه وان كان غير ثقة رده لانه يتعلق بنظره
فكلامه محتمل للوجوب والتدب والوجوب اظهر وفي (جامع المقاصد) هذا الحكم ينبغي ان يكون
على طريق الوجوب لان الحق في ذلك للمفلس فانه ماله والغرماء لانهم استحقوا صرفه اليهم بدينهم
(قلت) بل قد يقال انه ينبغي ان يكون على سبيل الاستعجاب لان الحاكم يحجره على المكلف اسقط
اعتباره وكان كوكيله وحق الغرماء الاستيفاء من القيمة وهي حاصلة بنظر الحاكم والحاصل انه يفوض
اليهم التمين كما قال هو في (جامع المقاصد) قال فان اتفقوا عليه وكان مرضيا أي ثقة امضاه الحاكم
والارده وعين مرضيا (قلت) هذا في الحقيقة لا يخرج عن تعيين الحاكم وفي (التذكرة وجامع المقاصد)
وليس ذلك كالراهن والمرتهن اذا اتفقا على غير ثقة لبيع الرهن اذ لا نظر للحاكم معهما بخلاف ما هنا
فان الحاكم نظرا في مال المفلس اذا الحجر بحكمه وربما ظهر غريم فيتعلق حقه **قوله** (فان
تعاسروا عين الحاكم) كما في الشرائع قال في (المبسوط) وان اختلفوا فاختر المفلس رجلا والغرماء
آخر نظر الحاكم فان كان احدهما ثقة والاخر غير ثقة امضى الثقة وقبله وأن كانا ثقتين الا ان احدهما
غير آجرة قبله وامضاه وان كانوا جميعا باجرة قبل أو ثقها وأصلحها للبيع وزاد في التذكرة أنها أن
كانا متطوعين ضم احدهما الى الآخر لانه احوط قال في (جامع المقاصد) بعد قل كلام التذكرة ومن
هنا يعلم أن عبارة الكتاب تحتاج الى تقيح (قلت) قوله أن تعاسروا عين الحاكم محذور منقطع لانها ان
كانا متطوعين ثقتين عارفين وتعاسروا فلا ريب انه يمين الحاكم والضم أيضا من تعيين الحاكم
قوله (وأجرته على المفلس) تقدم الكلام فيه **قوله** (ولا يسلم المبيع قبل قبض
الثمن بل متأخراً أو معا) هذا معنى قوله في الشرائع ولا يجوز تسليم مال المفلس الا مع قبض الثمن

وانما يبيع بضمن المثل بنقد البلد حالا فان خالف جنس الحق صرف اليه ثم الثمن على نسبة الديون الحالة خاصة ولا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم بل يكتفى بإشاعة حاله بحيث لو كان لظهر (متن)

فان تعاسرا تقابضا معا وفي (التحرير) لا يدفع الى من اشترى شيئا حتى يقبض الثمن فان امتنع المشتري اجبر على التسليم والاخذ (قلت) الاقسام أربعة لاسبيل الى جبر البائع على التسليم أولا لان من يتصرف للغير لا بد وان محتاط فان خالف الواجب وسلم المبيع قبل قبض الثمن ضمن واثم لكنه قال في (المبسوط) ان هذا أولى بعد أن صحح انها يجبر ان كما ستسمع ولا سبيل الى عدم جبرهما لتعلق حق الغرماء بالثمن وهو حال فلا سبيل الى تأخير بل لو رضي المفلس والغرماء بالتأخير لم يكن للحاكم أن يرضى بذلك على احتمال لا مكان ظهور غريم آخر فدينه يتعلق بالمال فتعين أحد القسمين الآخرين وهو اما أن يجبر المشتري على التسليم أو يجبر ان معا وهو خيرة المبسوط في اول كلامه والمختلف فقد اختلف كلام المبسوط كما قال في المختلف من دون تقدم عهد وقد يقبض الجمع والتأويل وقد يمتثل احتمال آخر وهو ان يجبر على التسليم الى عدل وما يقبضه الحاكم من أمان المبيع من اموال المفلس على التدريج فان كان الغريم واحدا سلم اليه من غير تأخير وكذا ان امكنت قسمته بسرعة لم يؤخر وان كان يعسر قسمته لقلته وكثرة الديون فله ان يؤخر ليجتمع فان امتنعوا من التأخير قسم عليهم ويأتي في كلام المصنف ما اذا اقتضت المصلحة تأخير القسمة ﴿قوله﴾ ﴿وانما يبيع بضمن المثل بنقد البلد حالا﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد ووجه واضح لما في النقصان عن ثمن المثل من الضرر في ذلك الزمان والمكان بل يباع بضمن المثل فصاعدا ان امكن من دون سعي بل قال في (التذكرة) لو كان قرب بلد ملك المفلس بلد فيه قوم يشترون العقار في بلد المفلس انفذ الحاكم اليهم ليتوفوا الثمن على المفلس وخص العقار بالذكر لانه ونحوه مما يرحل اليه ولا يستهجن الانفاذ بسببه والا فما كان الناس ليرحلوا من بلد الى بلد لشراء اثاث البيت ونحوه من طعام وغيره فلا وجه لقوله في جامع المقاصد لا وجه لتخصيص العقار بل وكذا غيره وقال في (التذكرة) ويبيع بنقد البلد وان كان من غير جنس حق الغرماء ومعناه انه لا يبيع الا بنقد البلد لانه أوفر ولان التصرف على الغير يراعى فيه المتعارف واما كونه حالا فلانه قد تقدم انه يجب قبض الثمن أولا ولما في ادامة الحجر من الضرر ﴿قوله﴾ ﴿فان خالف جنس الحق صرف اليه﴾ قال في (التذكرة) ان كان الثمن من جنس مال الغرماء دفع اليهم وان كان من غير جنسه فان لم يرضى المستحقون الا بجنس حقهم صرف الى جنس حقهم ووجهه ان ذلك معاوضة لا تجوز الا مع التراضي فان رضوا جاز صرفه اليهم برضا المفلس وفي (التحرير) فان كان من غير جنس الحق دفع الى الغرماء بالقيمة ﴿قوله﴾ ﴿ثم يقسم الثمن على نسبة الديون الحالة خاصة ولا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم بل يكتفى بإشاعة حاله بحيث لو كان لظهر﴾ قال في (التذكرة) اذا طلب ارباب الديون القسمة عليهم لم يكلفهم الحاكم اقامة البيعة على انه لا غريم سواهم ويكتفى الحاكم في ذلك بالاعلان والاشهاد بالحجر عليه اذ لو كان هناك غريم لظهر وطالب بحقه ولا فرق بين القسمة على الغرماء والقسمة على الورثة الا ان الورثة يحتاجون الى اقامة البيعة على ان لا وارث غيرهم بخلاف الغرماء والفرق ان الورثة اضبط من الغرماء وهذه شهادة على النفي يعسر

ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة جعل في ذمة ملي احتياطا فان تضر اودع ولا تباع دار السكنى ولا خادمه ويبيع فاضلها ويجري عليه نفقته مدة الحجر ونفقة من يجب عليه نفقته بالمعروف وكسوته جاري عادة امثاله الى يوم القسمة فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة (متن)

تحصيلها ومدركا فلا يلزم من اعتبارها حيث كان الضبط أسهل اعتبارها حيث كان أعسر انتهى وفيه تأمل كما في مجمع البرهان بل ينبغي عدم التأخير في الورثة والفرماء الا مع المظنة للأصل وعدم جواز منع الناس عن حقوقهم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة جعل في ذمة ملي احتياطا فان تضر اودع ﴾ كما في المبسوط والتذكرة لكنه قال في (التذكرة) انه أولى وكأنه واقعه صاحب جامع المقاصد وينبغي ان يقولوا مع الرهن كما تقدم مثله في باب الدين وينبغي أن يذكروا يسه أيضا وقد يكون مرادا من العبارة وظاهر الشرائع التوقف في جملة في ذمة ولي حيث نسه الى القيل ووجه أي التوقف أن وظيفة الحاكم في الاموال التي يليها انما هو الايداع كما هو الشأن في اموال اليتامى وغيرهم ممن أمره أشد من مال المفلس فينبغي أن يجوز الاقتصار على الوديعة وفرق بينهما في التذكرة فرقا حكاه عن بعض أصحاب الشافعي وهو أن مال الصبي معد لمصلحة تظهر له من شراء تجارة أو عقار وقرضه قد يتعذر معه المبادرة الى ذلك ومال المفلس معد للفرماء خاصة فافترقا انتهى فتأمل ولا يجوز تأجيل القرض بسبب يقتضيه من اشتراط في بيع ونحوه كما في التذكرة وجامع المقاصد وقال في (التذكرة) وينبغي ان يودع من ترتضيه الفرماء فان اختلفوا أو عينوا من ليس ببدل لم يلتفت الحاكم وعين من أراد من الثقات ولا يودع من ليس ببدل والحق الثاني والشاهد الثاني على انه ينبغي اعتبار رضا المفلس أيضا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تباع دار السكنى ولا خادمه ويبيع فاضلها ﴾ قدحكي الاجماع في المبسوط والغنية على انه لا تباع دار سكناه ولا خادمه الذي يخدمه وهو أي الاجماع صريح التذكرة في الاول أي الدار وظاهرهما في الخادم وزاد في الغنية الاجماع على عدم بيع دابته التي يجاهد عليها وقد جزم هنا بأنه يباع فاضلها وهو الذي كان يرويه محمد ابن الحسن ابن الوليد وبه جزم في الروضة ومنع في التذكرة من بيع الدار والخادم وتكليفه شراء ادون منها للأصل وعموم النهي عن بيع هذه الاشياء وقال ان كان في سكناه فضله يستغنى عنها وجب بيع تلك الفضلة وواقعه على هذا جماعة منهم صاحب الجامع وقد تقدم الكلام في ذلك كله مستوفى في باب الدين وقد يكون أراد بالفاضل هنا ما يخص العين فيوافق التذكرة او ما يعم باعتبار العين والقيمة فيوافق ما رواه ابن الوليد رضي الله عنه فاذا كانت الدار واسعة يكتفى ببعضها أو نفيسة يكفيه دار بقيمة بعضها أو الخادم متعددا أو نفيسا كذلك وجب البيع والاقتصار على ما يكتفي وكذلك الشأن في فرسه وتام الكلام في باب الدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجري عليه نفقته مدة الحجر ونفقة من يجب عليه نفقته بالمعروف وكسوته جاري عادة امثاله الى يوم القسمة فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة ﴾ لانه مؤسر في أول ذلك اليوم ولا يزيد على ذلك لانه لا ضبط بعهده هذا اذا لم يكن له كسب يصرف الى هذه الجهات فان كان ذا صنعة تكفيه لذلك أو كان يقدر على تكسب ذلك لم يترك له شيء وقد نص على ذلك في التذكرة ولا ينافيه قولهم لا يجب عليه التكسب كقبول الهبة والوصية والصدقة لان هذا لا يجب للفرماء لا للنفقة فتأمل وهل ينفق على الزوجات نفقة المسرين أو المؤسرين قرب في التذكرة الاول واحتمل الثاني

ولو اتفقت القسمة في طريق سفره فالأقرب الاجراء الى يوم وصوله ويقدم كفته الواجب فان ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب ويحتمل النقص (متن)

ولعل الدليل على جميع ما ذكر في المتن الاجماع كما يفهم من ظاهر كلامهم كما في مجمع البرهان ويمكن فهم ذلك كله من الرواية الدالة على استثناء المسكن بمفهوم المواقة أو تنقيح المناط وأطلق الأهل في الإرشاد ولم يقيدهم بمن يجب نفقتهم وقد قدم الكلام في ذلك كله أيضا وبيننا أنهم قالوا في باب الدين أنه يستثنى له قوت يوم وليلة له ولعاليه وهذا يخالف ما هنا من أنه يعطى نفقة ذلك اليوم خاصة وكان الجمع ممكن وقوله بالمعروف قيد في النفقة كما أن قوله جاري عاداته قيد في الكسوة كما هو المتعارف في لسان أهل العرف والمراد العادة في الشرف والفضة على الظاهر فلا يعني أحدهما عن الآخر كما ظنه في جامع المقاصد وقد يراد بالمعروف الاقتصاد ويكون الغرض المنع من التوسعة التي هي فوق الاقتصاد وإن لم تعد اسرافا كما تقدم مثله في باب الدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اتفقت القسمة في طريق سفره فالأقرب الاجراء الى يوم وصوله ﴾ كما في الإيضاح وجامع المقاصد وقد استضعفا لعدم إمكان الأضرار المؤدي إلى الهلاك أو المشقة العظيمة لولاء وظاهر العبارة أن المراد وصوله إلى منزله وفي (جامع المقاصد) أنه مستقيم إن لم يكن دونه موضع آخر فإن كان دونه بلد آخر نفى الاجراء إلى وطنه المؤلف أشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقدم كفته الواجب ﴾ إجماعا كما في جامع المقاصد وظاهر مجمع البرهان وبديل عليه صحيحة زرارة ورواية اسماعيل بن أبي زياد قالوا كما في الكفاية ويقتصر على الواجب والرواية مخالفة وفي (التذكرة) بأنه لا يجوز أن يكفن بأزيد إلا بأذن الغرماء وصرح جماعة بأنه يقدم كفن من يجب نفقته ممن يجب تكفينه عليه قبل الإفلاس قالوا ويعتبر فيه الوسط مما يليق به عادة ولا يقتصر على الأدون مع احتماله وبه قطع في البيان وقالوا وكذا تستثنى مؤنة التجهيز من سدر وكافور وماء وغيرها كالمكان إذا احتاج إلى الأجرة وتعمم الكلام في باب الطهارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب ويحتمل النقص ﴾ الاحتمال الأول خيرة الإيضاح وجامع المقاصد والاحتمال الثاني خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة والإرشاد والتحرير والمسالك (حجة) الأول أن كل واحد منهم قد ملك ما هو قدر نصيبه بالإقباض الصادر من أهله في محله فلا يجوز النقص لانه يقتضي إبطال الملك السابق أما الحصة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الظاهر فإنها غير مملوكة له فتستعاد وأنت خير بأن الملك كان مبنا على الظاهر من انحصار الحق فيهم وقد تبين خلافه ولا فرق في نفس الأمر بين سائر غرمائه وهذه وإن لم تكن شركة حقيقية لكن الإبقاء مشروط ببسط المال على نسبة ديون سائر الغرماء أقصى ما هناك أنه لم يكن في أول الأمر سواهم في الظاهر فصحت ظاهرا فلما ظهر المشارك في الاستيفاء لم تصح القسمة الأولى وحصة الغريم مشاعة في جميع المال وقد قسم بغير إذنه فلا تصح القسمة من رأس فكان الشأن فيه كما لو اقتسم الشركاء ثم ظهر شريك آخر (وما ذكر) تظهر حجة القول الآخر وتنقيح البحث أن يقال إذا ظهر غريم بعد القسمة فاما أن يطالب بعين من مال بأن يكون قد باعه مبيعا وعينه قائمة في أموال المفلس فإن له أن يرجع في تلك العين أو يطالب بدين في الذمة وعلى الأول فاما أن تكون تلك العين قد صارت بالقسمة في حصة بعض الغرماء أو صارت للغرماء جميعا بالسوية فهي في أيديهم جميعا أو في يد أجنبي بأن يكون قد باعها

ففي الشركة في التما المتجدد اشكال (متن)

الحاكم وقسم قيمتها على الغرماء فما أربع صور ففي صورتي ما إذا كانت عينا واختص بها بعض الغرماء أو باعها الحاكم لاسبيل الا بتقضى القسمة لان العين اذا انتزعت من أحدها وردت الى البائع بقي الآخر بغير حق وأما في صورتي ما إذا كان الطلب ديناً أو عينا ولكنها في يد جميع الغرماء بالسوية ففيه الخلاف والظاهر التقض وجعل في الايضاح منشأ الاحتمالين أنها هل هي قسمة حقيقية أو قضاء دين قال ومبنى ذلك على أن الدين هل يتعلق بالشركة تعلق الدين بالرهن أو الجناية برقة العبد فان قلنا بالاول كان قضاء فيرجع بحصة يقتضيها الحساب لانه يكون بمنزلة صاحب الدين اذا أخذ أكثر مما يستحقه فيرجع عليه بالزائد وان قلنا بالثاني فهي قسمة حقيقية فتبطل لأنها قسمة الكل بين بعض المستحقين وهو كما ترى لم يتضح لنا وجهه ولا سيما الشق الثاني لانه لا يلزم من كون تعلقه بها كتعلق الارش بثبوت القسمة حقيقة التي هي فرع الشركة الحقيقية والمخفي عليه لا يملك الجاني ولا شيئاً منه بمجرد الجناية وان استحق ذلك اذا كانت غير عمد أو كانت عمداً على الصحيح وتظهر فائدة القولين في التما المتجدد بعد القسمة فعلى التقض لا شركة بل الاصل والتما باق على ملك المفلس فيقسم الجميع بين الغرماء وعلى الرجوع بالحصة التما مشترك بين المفلس والغرماء على نسبة المملوك بالتقضى فاذا كان دين الغريم الظاهر بقدر عشر مجموع الديون كلها بعد اعتباره معها مثلاً ملك كل واحد من القابضين تسعة أعشار المقبوض فيملك تسعة أعشار التما ويبقى عشر المقبوض وعشر التما على ملك المفلس فيجمع الجميع ويدفع الحصة الى الغريم ويقسم نواوها بين الجميع كما ستسمع تمام الكلام عند بيان الاشكال في كلام المصنف وتظهر أيضاً فيما اذا تصرف واحد في مقدار نصيبه فعلى الاول يمضي وعلى الثاني يجب بدله وتظهر أيضاً في وجوب الزكاة اذا بلغ النصيب النصاب واجتمعت الشروط على الاول دون الثاني وفيما اذا زادت القيمة الآن فعلى التقض تصرف الزيادة في باقي الديون والا أخذ ما يصيبه من القسمة الاولى وفيما اذا أنف أحدهم ما أخذه وكان ممسراً لا يمكن الرجوع عليه بشيء فان قلنا بالاول أي الحصة رجع على الموصر بذلك القدر لا غير وان قلنا بالتقض جعل ما في يد الآخر كل المال واقسماه دون الممسر وتوضح الحال في أصل المسئلة في عنوان المثال (فقول) اذا قسم الغريمان المال وهو خمسة عشر ودين أحدهما عشرون والآخر عشرة فانه يقسم أثلاثاً يأخذ صاحب العشرين عشرة وصاحب العشرة خمسة فاذا ظهر غريم ثالث وله ثلاثون فان قلنا بالتقض تقضت القسمة وبسط المال على نسبة مال كل منهم فاذا كانت الخمسة عشر من جنس الدنانير بسطانها على الديون أرباعاً لأنها ستون وان قلنا بعدم التقض استرد الظاهر من كل واحد منهما نصف ما حصل له وان كان الذي ظهر دينه عشرة استرد من كل واحد منهما ثلث ما أخذه  قوله  (ففي الشركة في التما المتجدد اشكال) قال في (الايضاح) هذا فرع على التقض وعدمه فان قلنا بالتقض شارك والا فلا ومنشأ الاشكال هل هو رفع قسمة من أصلها أم فسخ متجدد وهو كما ترى وقد عرفت آفاقاً انه متفرع على الاحتمالين السابقين وكيفية تفريره بما لا مزيد عليه لكن المتبادر من العبارة تفريع الشركة في التما وعدمه على احتمال التقض وليس مراداً ولا صحيحاً كما في جامع المقاصد وهو ظاهر وكذا المتبادر منها أن الشركة في التما وعدمها بين الغريم الظاهر وعدمه وباقي الغرماء لا بينهم وبين المفلس وهو الذي فهمه الشارح والشهيد الثاني

ولو تلف المال بعد النقض ففي احتسابه على الترماء اشكال ولو خرج المبيع مستحقا رجع على كل واحد بجزء من الثمن ان كان قد تلف ويحتمل الضرب لانه دين لزم المفلس والا قرب التقديم لانه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء (متن)

في المسالك ولا شبهة انه غلط لا يحصل له بظهر بأدنى تأمل كما في جامع المقاصد قال بل المراد الشركة بين المفلس والترماء وعدمها وان نصب فهمه من العبارة ثم ان المصنف اختار الرجوع بالحصة وجعل النقض احتمالا فكيف يكون عنده اشكال في الشركة وعدمها لان الاشكال يقضي بتكافؤ الطرفين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تلف المال بعد النقض ففي احتسابه على الترماء اشكال ﴾ ينشأ من الضمان بصحيحه والاصل كما في الايضاح والاصح الضمان واحتسابه على الترماء كما في جامع المقاصد ومعناه انه لو تلف المال في يد الترماء بغير تفريط بعد ظهور غريم آخر وقض الحاكم ففي احتسابه عليهم بحيث يجب عليهم الترم اشكال ينشأ من عدم التفريط واصالة البراءة ومن أنهم قبضوه للاستيفاء والقبض يضمن بفاسده كما يضمن بصحيحه للقاعدة المقررة مع تأييده بظاهر قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي وفي (جامع المقاصد) أن في كلام المصنف مناقشتين (أحدهما) أنه قد أسلف في الرهن الجزم بالضمان بفاسد القبض للاستيفاء وكذا في نظائره فلا وجه للاشكال (قلت) لعل هذا عند المصنف وولده ليس من نظائره لانه بحكم الحاكم فالتسليم والتسلم واجبان فكان محل اشكال مضافا الى ما يأتي (الثانية) أن قيده التلف بكونه بعد النقض لا يحصل له لانه ان أراد بالنقض نصريح الحاكم بقوله نقضت القسمة فلا أثر لهذا القول والقسمة متروكة مع هذا القول وعدمه (قلت) كأنه لم يلحظ كلام القوم اذ قضية كلامهم أنها لا تنقض الاجمك الحاكم لان في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وغيرها نقضها الحاكم وظاهره توقفه على قوله وقضه والظاهر أنه كذلك اقتصارا على المتيقن وبذلك أيضا تدفع المناقشة الاولى أيضا عند ايمان النظر فتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو خرج المبيع مستحقا رجع على كل واحد بجزء من الثمن ان كان قد تلف ويحتمل الضرب لانه دين لزم المفلس والا قرب التقديم لانه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء ﴾ ما قر به المصنف هو الذي صححه في المبسوط وجزم به في الخلاف وقواه المصنف في التذكرة وولده في الايضاح واستجوده في جامع المقاصد والظاهر منه في التذكرة كما هو صريح المبسوط والتحرير ان المسئلة مفروضة في التلف في يد الحاكم أو أمينه قبل قبض الترماء له ولا ريب ان تلفه في يد أحدهما كتلفه في يد المفلس فينحصر الضمان فيه فيقدم المشتري أو يضرب مع الترماء على الاحتمالين وقيده في (جامع المقاصد) بما اذا لم يكن النصب معلوما عند القابض يعني الحاكم أو أمينه قال والا استقر الضمان عليه لانه غاصب (قلت) هذا فرض بالنسبة الى الحاكم موهون لان المفروض انه الفقيه المأمون على الدنيا والدين فلا يخون ولا ينصب ولا يستأمن الا الثقة الامين وظاهر الكتاب ان التلف بعد قبض الترماء له وهو حينئذ مضمون عليهم لقبضهم اياه للاستيفاء فتخير المشتري في الرجوع عليهم جميعا كل بقدر ما يتلف في يده والرجوع على المفلس فيقدم به أو يضرب مع الترماء فان رجع على الترماء لم يرجعوا به على المفلس سواء كانوا عالمين أو جاهلين لان قبضهم كان مضمونا نعم لم يرجع بدینهم لانه باق وان رجع على المفلس رجع هو على الترماء لما عرفت والمصنف في الكتابين لم يفصل بين علم المشتري

ولو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ فان بقي من الدين شيء لم يستكسب وهل تباع
أم ولده من غير رهن نظر فان منعناه ففي مؤاجرتها ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظر ينشأ
من كون المنافع أموالا كالأعيان ومن كونها لا تعد مالا ظاهرا والاول أقوى (متن)

بوكالة الأمين وعدمه كما صنع في الرهن قال لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن لا العدل ان علم
المشتري بوكالته ولو لم يعلم المشتري بوكالته حالة البيع فله الرجوع على العدل ولعله لوضوح الفرق اذا
المفروض انه مفلس نودي عليه واشهر أمره على أن الأمين غير العدل على الظاهر لانه أمين الحاكم
والعدل ما اختاره المتراهنان قائل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ ﴾
قال في (المبسوط) اذا باع الحاكم أو أمينه من مال المفلس بثمن مثله ثم جاء به زيادة بعد لزوم البيع
واقطاع الخيار سأل المشتري الاقالة أو بذل الزيادة ويستحب للمشتري الاجابة الى ذلك لان فيه
مصلحة المفلس وان لم يجبه الى ذلك لم يجبر عليه لان البيع الاول قد لازم وظاهره انه يستحب ذلك
لحاكم أو أمينه وهو ظاهر جامع المقاصد وقد يظهر من الشرائع عدم استحباب ذلك لهما حيث قال
ولو باع الحاكم أو أمينه ثم طلب بزيادة لم يفسخ العقد ولو التمس من المشتري الفسخ لم يجب الاجابة
لكن تستحب خصوصا اذا قرأنا التمس مبنيا للمجهول وليس في التحرير الا أنه يستحب للمشتري الاقالة
أو بذل الزيادة ولعل مراده اذا التمس المفلس وفي (الحواشي) انما يستحب اذا كان البائع خيار مجلس
أو شرط أو حيوان والا فلا وأما استحباب ذلك للمشتري فلا ريب فيه بل لا ريب في استحباب
كل اقالة وأما اذا كان هناك خيار يقتضي الفسخ في (جامع المقاصد) انه لا اشكال في وجوب الفسخ
وفي (المسالك) انه أقرب وقد سمعت مافي الحواشي وقال في باب الوكالة لو حضر في مدة الخيار من
يزيد على ثمن المثل ففي وجوب الفسخ على الوكيل اشكال وصاحب (جامع المقاصد) قال هناك ان
كانت وكالته شاملة للفسخ بخيار وجب ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان بقي من الدين شيء لم يستكسب ﴾ قد
نص على ذلك في المبسوط والخلاف وما تأخر عنهما مما تعرض له فيه قال في (المبسوط) لا خلاف
في أنه لا يجب عليه قبول الهبات والوصايا والاحتشاش والاحتطاب والاعتنام والمخالف بن حمزة والمصنف
في المختلف فأوجبا عليه التكسب واستحسنه الشهيد وقد تقدم الكلام في ذلك كله في باب الدين وقد
جمعنا هناك بين قولهم لا يستكسب وقولهم يجب عليه السمي في قضاء الدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل تباع
أم ولده من غير رهن نظر ﴾ جعل منشأ النظر في الايضاح وجامع المقاصد من تقارض عمومي بيع
أمواله فان أم الولد مال ومنع بيع أمهات الاولاد الا فيما استثناء النص ولا نص هناك قلت والاصح
انها لا تباع ولهذا لم يتعرض له الجماعة وانما تعرضوا لمؤاجرتها وهذا النظر ينافي ما سبق من جزم
المصنف بجواز وطئ المفلس أم ولده وتردده في وطئ غيرها من الاماء فانه على هذا التردد يجب هناك
أيضا اذ هي على أحد الاحتمالين من متعلقات الحجر وقد تقدم الكلام في ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان
منعناه ففي مؤاجرتها ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظر ينشأ من كون المنافع أموالا كالأعيان ومن كونها
لا تعد مالا ظاهرا والاول أقوى ﴾ كما في الايضاح وفي (التحرير) انه الوجه وفي (جامع المقاصد) انه قوي
وفي (المبسوط) اذا كانت له أم ولد يؤمر باجارتها ويجبر على ذلك بلا خلاف لانها ماله وظاهره فيه
بين المسلمين لكنه في التذكرة نقل عن الشافعية وجيز وفيها أي التذكرة ان الثاني أقرب وقد جعل

واذا لم يبق له مال واعترف به الغرماء فك حجره ولا يحتاج الى اذن الحاكم وكذا لو اتفقوا على رفع حجره (متن)

وجهي النظر في التذكرة من أن المنافع وان لم تكن مالا قاتها تجري مجراها فيجب بذلها للدين ومن حيث ان المنافع لا تعد أموالا حاضرة حاصلة ولو كانت تعد لوجب اجارة الفلّس نفسه ولو جب الحج والزكاة فكان وجهي النظر في الكتاين من واد واحد على اختلافهما وكالتدافعين والتأويل ممكن والجمع هين والاولى توجيه النظر بما في جامع المقاصد من أن المنافع تعد أموالا أم لا والاصح انها لا تعد أموالا الا اذا استوفيت أو استؤجر عليها فانهم حينئذ عدوها أموالا وأجروها مجراها ولهذا قالوا منافع المملوك لا تضمن الا بالاستيفاء وان منافع الحر اذا استؤجر عليها كالاجير الخاص تضمن وانها لو كانت مالا لوجب على الفلّس اجارة نفسه وقالوا انه لا يجب الحج مع الاستطاعة بالمنافع كما اذا استطاع باجارة الدار فلو كانت مالا لوجب اجارتها لتحصيل الاستطاعة كما يجب بيع عين المال كذلك وليس هو حينئذ من قبيل الواجب المشروط بل من قبيل الواجب المطلق الذي يجب تحصيل مقدمته وقال في (جامع المقاصد) يمكن التفصي عن لزوم الحج بها بأنه إنما يجب بالمال الحاضر والمنفعة تتجدد شيئا فشيئا ولا يوثق بها بحيث يستوفي الجميع فيستمر ملك الاجرة وقال نعم لو أجر الاعيان بمقدار المونة وجب حينئذ لكونه مالكا انتهى وهذا غير ما ذكرناه والظاهر انه غير مرادهم قال الشهيد وعلى الاقوى هل يجب الحج مع الاستطاعة باجارتها ولم يقل باستيفاء منفعتها المتجددة شيئا فشيئا والحاصل ان الوجه الذي ذكره من البعيد جدا ان أحدا يحتمله فتأمل جيدا ولعل ما قرره في التذكرة أقرب الا أن يكون الاجماع على خلافه فانه على القول بوجوب مؤاجرتها يجب أن يواجرها مرة بعد أخرى الى أن يفي الدين أو مدة طويلة وقضية ذلك ادامة الحجر الى قضاء الدين وهو بعيد جدا عن محاسن الشرع لانه وان ملك الاجرة بالعقد لكنه لا يجب تسليمها الا بعد العمل لانه لا يوثق بيقائها بحيث يستوفي الجميع فيستحق ملك الاجرة **قوله** ﴿ واذا لم يبق له مال واعترف به الغرماء فك حجره ولا يحتاج الى اذن الحاكم ﴾ هذا مما لا أجد فيه خلافا الا من الشافعي في أحد قوله وقد حكى في الكفاية قولاً بالاحتياج الى اذن الحاكم ولم نجده ولا حكاة غيره وبه صرح في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وظاهر الارشاد وهو خيرة الايضاح كما يأتي ووجهه في التذكرة بان الحجر لحفظ مال الغرماء وقد حصل فيزول الحجر وتفرق ماله وقد حصل فتركه محجورا عليه يزيد في الفرض قلت لاداعي الى تركه محجورا عليه بل يذهب الى من حجر عليه اذ المفروض وجوده والتمكن منه ثم انه هو الذي نادى عليه وأعلن وأشهد بالحجر عليه فان لم ينتقض هو ذلك لم يعامله معاملة مستصحبوا الحجر ثم ان الحجر يشمل المتجدد بالاحتطاب وشبهه وأيضا من أقسامه من لا مال له أصلا فلورفع الحجر عنه لا تنفاه المال وجب أن لا يصح الحجر على من لا مال له الا أن يقال ان الحجر في هذا القسم لا يرتفع الا بفك الحاكم عند ما يقتضيه نظره واجتهاده وبالجملة فان كان اجماع والا فللنظر بحال وهذا كله مع اعتراف الغرماء بأنه لا مال له سواء أو عدم تعرضهم لغيره فلو ادعوا أو بعضهم عليه مالا آخر فسيأتي انشاء الله تعالى **قوله** ﴿ وكذا لو اتفقوا على رفع حجره ﴾ أي لا يحتاج الى اذن الحاكم كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان الحجر لهم وهو حقهم وهم في أمواله كالمرتهن في حق

ولو باع من غير الغرماء باذن فالاقرب الصحة ولو باع من الغريم ولا دين له سواء صحح على الاقوى لأن سقوط الدين يسقط الحجر (متن)

المرهون ويحتمل انه لا يرتفع وهو القول الآخر للشافعي لاحتمال أن يكون هناك غريم سواء غائب فلا بد من نظر الحاكم واجتهاده (وفيه) ان الاصل المدم والا لما جازت قسمة المال على الموجودين مع قيام الاحتمال وادامة المقوبة بالتجوز غير جائزة على انه لو بقي الحجر لاجله لم يكن للحاكم رفعه كما انه ليس له رفع الحجر قبل القسمة من دون رضا الغرماء ﴿ قوله ﴾ ولو باع من غير الغرماء باذن فالاقرب الصحة ﴿ كما في التذكرة والتحرير والايضاح كما يصح بيع المرهون باذن المرتهن ولان الحجر لحقهم فاذا أذنوا جميعا سقط حقهم والاصل عدم غريم آخر وعموم الحجر بالنسبة الى غير المتمس من الغرماء انما يقتضي المشاركة في الضرب لا توقف صحة البيع على اذنه مع كونه غير معلوم لامتناع أن يخاطب بتحصيل اذن غير المعلوم (وفي جامع المقاصد) انه قريب (أقرب خ ل) وان كان التوقف على اذن الحاكم أولى (قلت) لادليل على هذه الاولوية مع كونه انما حجر عليه لحقوق الغرماء ولو بقي الحجر لاجل هذا المحتمل لم يكن للحاكم دفعه فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ولو باع من الغريم ولا دين له سواء صحح على الاقوى لان سقوط الدين يسقط الحجر ﴿ كما في التذكرة والتحرير وقال في (التذكرة) ويمكن أن يقال لا ينجزم بصحة البيع وان قلنا ان سقوط الدين يسقط الحجر لان صحة البيع اما أن تقتصر الى ارتفاع الحجر أولا فان افتقرت وجب الجزم بعدم الصحة والا لزم الدور لانه لا يصح البيع ما لم يرتفع الحجر ولا يرتفع الحجر ما لم يسقط الدين ولا يسقط الدين ما لم يصح البيع (قلت) ويقرر الدور بعبارة أخرى كما في جامع المقاصد وهي ان صحة البيع فرع زوال الدين المتقضي لزوال الحجر وزوال الدين موقوف على صحة البيع (ويمكن الجواب) بأن صحة البيع موقوفة على رضا الغريم الحاضر الظاهر به وشراؤه من المفلس يستلزم رضاه لان العاقل لا يفعل عبثا فلا يفرق بين المسلم وغيره وان كان مسلما فلو جوب حمل فعل المسلم على الصحة فيحمل الشراء على المعبر شرعا واحتمال ظهور غريم آخر لا يجدي لان صحة التصرف غير موقوفة على اذن غريم آخر غير ظاهر ويأتي بيان الحال فيما اذا ظهر الغريم الآخر وحكى في جامع المقاصد عن الشارح انه قرر الدور بان سقوط الدين معلول صحة البيع والبيع مشروط بصحة المبيع فيدور (ورده) بانه مختل لأن كونه معلولا لصحة البيع هو عبارة عن كونه مشروطا به وهذا لا يقتضي الدور (قلت) لم اجد ذلك في النسخة التي عندي من الايضاح وهي عتيقة معربة محشاة وعد الى عبارة التذكرة قال وان لم تقتصر صحة البيع الى ارتفاع الحجر فغاية الممكن اقتران صحة البيع وارتفاع الحجر فلتخرج الصحة على الخلاف فيما اذا قال العبد لزوجته ان مات سيدي فأنت طالق طلقين وقال السيد لعبده اذا مت فأنت حر فمات السيد وهو لا يتأتى على مذهبنا وفيه كما في جامع المقاصد أن أمكان اقتران صحة البيع وارتفاع الحجر لا يقتضي الصحة لوجوب تقدم الشرط فان رفع الحجر شرط لصحة البيع (قلت) قد يكون حينئذ من قبيل الصلوة واجزاؤها فان مجموع الصلوة متوقف على اجزاؤها من حيث الصحة واجزاؤها من حيث الصحة متوقفة على مجموعها فهو دور المعية وبه يجاب عن الدور أيضا فليتأمل (اذا قرر هذا) فاذا ظهر غريم والحالة هذه اخذ من المشتري حصة يقتضيها الحساب ويحتمل بطلان البيع في مقدار تلك الحصة هذا ان لم قل بالتقضى وان قلنا به أمكن الحكم بطلان

والجني عليه أولى بعبد من التريم فإن طلب فكه فلتريم منه ولو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس سواء كان التالف الثمن أو العين ﴿ المطلوب الرابع في الاختصاص ﴾ ومن وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره (متن)

البيع من رأس لأن الدين لا يجوز جملة ثمننا اذ لا يستحق استيفاؤه والحالة هذه فلا يجوز ان يقابل به مال كما حققه المحقق الثاني وقال فما قواه المصنف لا يخلو من نظر اذ لو ظهر غريم والحالة هذه تطرق احتمال بطلان البيع في مقدار الحصة وإن اذن الحاكم لتبين عدم صحة مقابلتها بمال وليعلم أنه لا فرق بين ما اذا اتحد الغريم أو تعدد واشتروا جميعاً وأنه لو كان شراء التريم بغير الدين فعلى ما سبق اختياره من صحة بيع الاجنبي يجب الحكم هنا بالصحة في الجميع وأن ظهر غريم ﴿ قوله ﴾ والجني عليه أولى بعبد من التريم فإن طلب فكه فلتريم منه ﴿ كما في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد فيباع العبد في الجناية فإن زادت قيمته رد الفاضل الى الغرماء ولو كانت أقل لم يثبت للجنبي عليه غيرها وله استرقاقه وإنما كان أولى مع استيعاب الجناية لقيمته لأن حقه متعلق بعين الجاني ولا يستحق سواء فذلك كان للتريم منه لو طلب فكه مع عدم المصلحة في فكه فلو كانت هناك مصلحة كما اذا كان كسوبا يشر مالا الى حين القسمة وقيمته باقية فله فكه لمصلحته والضمير راجع الى المفلس والتقدير ظاهر لا الى الجني عليه توسعاً لأن الاضافة تكفي فيها أدنى ملاسه ولو كان المفلس هو الجاني كان غريمه اسوة الغرماء لأنها هنا تتعلق بذمة الجاني فكان كغيره من الغرماء وقد تقدم وجه مشاركته لهم مع تأخر سببه عن الحبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس سواء كان التالف الثمن أو العين ﴾ كما في التذكرة لأن المال للمفلس تلف في يد أمينه وهو ظاهر اذا كان عينا وأما اذا كان ثمناً فلا نه دخل في ملكه بالبيع عنه وإنما يملكه الغرماء بقبضه لكن تعلق حقهم به يجري مجرى الرهن حيث تعلق حق المرتهن به وكما ان تلف الرهن من الراهن وإن كان في يد المرتهن فكذا هنا ولا ريب ان المراد اذا لم يكن التلف بالتعدي أو التفريط وقال مالك العروض اذا تلفت من ماله والدرهم والدنانير من مال الغرماء ولا فرق بين أن يكون الضياع في حياة المفلس أو بعد موته وقال أبو حنيفة ما يتلف بعد موته فهو من ضمان الغرماء ﴿ المطلوب الرابع في الاختصاص ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومن وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره ﴾ قاله في الصحابة أمير المؤمنين عليه السلام وعثمان وأبو هريرة وفي التابعين عروة ابن الزبير وفي القهاء مالك والأوزاعي والشافعي والعبري واحد واسحق وبه صرح في الخلاف والغنية والسرائر والشرائع وما تأخر عنها مما تعرض له فيه وهو المحكي عن أبي علي والقاضي وفي (الغنية وجامع المقاصد) الإجماع عليه وفي (المسالك) أنه المشهور وعليه العمل وفي (مجمع البرهان) أنه المشهور وفي (الكفاية) أنه الأشهر ولا فرق عندهم بين ان يكون للمفلس مال سوى العين أم لا كما هو قضية كلام جماعة وصريح آخرين تمسكاً بعموم النص وفي (التهذيب والاستبصار) والتهابة والمبسوط) أنه لا اختصاص الا ان يكون هناك وفاة ويتصور ذلك بتجدد مال آخر للمفلس بارث أو اكتساب ويكون الديون أنما تزيد على أمواله مع ضمنية الدين المتعلق بمنازع واجده فاذا خرج الدين من بين ديونه والمنازع من بين أمواله صارت وافية بالديون (حجة المشهور) صحيحة عمر ابن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام قال سألت عن الرجل يركبه الدين فيوجد مناع رجل عنده بعينه قال لا يحاصه

وله الضرب بالدين والخيار على الفور على اشكال (متن)

الغرماء وقد خصصت بالمحجور عليه لفلس مع حلول دين صاحب المتاع حين الحجر وحيوته بالاجماع اذ الظاهر انهم مطبقون على انه لا رجوع بالعين لو كان التريم غير مفلس محجور عليه لفلسه ولعل فيها اشعارا بكونه محجورا عليه لفلس لمكان قول السائل يركبه وقول الامام عليه السلام لا يحاصه وقول السائل عنده قد يقضي بانه حي وظاهر قوله عليه السلام لا يحاصه يدل على ان ليس هناك وفاة للغرماء فكان فهم الاصحاب في محله وروى العامة من ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا افلس الرجل ووجد سلعته فهو أحق بها ونحوه ما روه عن أبي حنيفة البرقي (وحجة الشيخ) صحيحة ابي ولاد قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعا الى سنة فمات المشتري قبل ان يحل ماله واصاب البايح متاعه بعينه له ان يأخذه اذا خفق له (خفي له خل) قال فقال ان كان عليه دين وترك نحو ما عليه فليأخذ ان خفي له فان ذلك حلال له ولو لم يترك نحو ما دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بمحضته ولا سبيل له على المتاع وخفي يستعمل في الظهور والخفاء وخفق يأتي بمعنى لمع وهي لا تدل على مطلوبه لتخصيصها بالميت بل يمكن تخصيصها بالمفلس اذا مات لأشعار قوله عليه السلام يأخذ بمحضته بتفسير ماله على الغرماء وذلك في المفلس وكأنه الى ذلك نظر بعضهم وقال باختصاص الحكم بالمفلس حين الموت لكن قد عرفت أن الميت يحل ما عليه من الديون فتقسم وتمخصص مع علم الوفاء ومعه يقدم صاحب العين فتكون واردة في الميت مطلقاً ولك ان تقول انها ليست في ذلك نصه ولا بتلك المسكنة من الظهور وأن الرجوع الى العين خلاف القواعد فيقتصر فيه على محل الوفاق وظهور الدليل لكن المشهور انه لا فرق بين أن يموت المديون محجورا ام لا قد فهموا الاطلاق من الرواية وكيف كان فليست بموجبه لحمل صحيحة عمر ابن يزيد على ما اذا كان ميتا ووفى ماله لانه لا منافات بينهما على ان الاولى ظاهرة في عدم الوفاء كما عرفت وقد وجهوا الفرق بين الميت والحي المفلس ان الميت لا تبقى له ذمة فديونه تتعلق بامواله ولا كذلك الحي فانه قادر على الاكتساب وتحصيل شيء للغرماء ولا كذلك الميت **قوله** **﴿**وله الضرب بالدين**﴾** لعله لا خلاف فيه كما في مجمع البرهان وهو كذلك وان ترك ذكره البعض وصحيحة ابي ولاد التي تقدمت تدل على أن أخذ العين جائز لا واجب فما في الحدائق غير صحيح وأشار بقوله بالدين الى انه يضرب بالثمن لا بالقيمة **قوله** **﴿**والخيار على الفور على اشكال**﴾** ولم يرجح أيضا ولده في الايضاح ولا الشهيد في الحواشي وفي (المبسوط) ان الفور احوط وفي (المسالك) أولى وفي (الشرائع) لو قيل بالتراضي جاز وفي (التحرير) كان وجها وهو خيرة المسالك وفي (التذكرة) الاقرب انه على الفور وفي (جامع المقاصد) يمكن ترجيح الفورية بانها الاشهر في كلام الاصحاب وفيه جمع بين الحقين فالقول بالفورية قريب أنهى (قلت) وجه الفورية كما في التذكرة بان الاصل عدم الخيار فيكون الاصل عدم بقائه لو وجد ومعناه ان الاصل في البيع اللزوم فيقتصر في الخروج عنه على ما تندفع به الضرورة وانه خيار ثبت في المبيع لنقص في الموضع فكان على الفور كالرد بالعيب وهذا كما ترى وان القول بالتراضي يؤدي الى الاضرار بالغرماء من حيث انه يؤدي الى تأخير حقوقهم ووجه التراخي انه حق رجوع لا يسقط الى عوض فكان على التراخي كالرجوع في الهبة وهذا كما ترى وان النص دل على ثبوت

سواء كان هناك وفاء أم لا ويفتقر الرجوع الى أركان ثلاثة العوض والم عوض والمعاوضة
أما العوض فهو الثمن وشرطه أمران تمذر الاستيفاء بالافلاس فلو وفي المال فلا رجوع
ولا يسقط الرجوع بدفع الثمن للمنة وتجوز ظهور غريم (متن)

الخيار فيكون مخرجا لهذا الفرد عن اللزوم وعوده يحتاج الى دليل واصل اللزوم معارض باصل بقاء
الخيار واستصحابه وقد يفهم من صحيحتي عمر وابي ولاد عدم الفورية لعدم التعرض لها فيها بإشارة ولا
ترويج والامر في قوله عليه السلام فليأخذ ليس للفرور اجماعا وقد ثبت له الاخذ فيبقى وقد تقدم لنا
في خيار العين والرؤية ماله فنع تام في المقام هذا وقوله الخيار على الفرور جملة معترضة ﴿ قوله ﴾
﴿ سواء كان هناك وفاء أم لا ﴾ في الحواشي في هذه العبارة نظر لانه مع وفاء المال يمنع من الرجوع
في العين قلت لان التقدير ان من وجد من الثمن عين ماله كان احق بها من غيره اذا كان هناك مال
سواها سواء وفي لباقي الديون أم لا لان هذا تعميم بعد التعميم الحاصل بقوله وان لم يكن سواها لكنه
على الشق المحذوف اي هو احق ان كان سواها وان لم يكن وعلى تقدير ان يكون سواها فهو احق
سواء كان هناك وفاء لباقي الديون اولا ويتصور ان يكون في التركة وفاء لباقي الديون مع الحجر بما
ذكرناه آفا في توجيه كلام الشيخ من تجديد ارب أو اكتساب أو ارتفاع قيمة أو بأخراج دين صاحب
العين من بين الديون وعينه من بين الاموال وحينئذ فكيف يثبت له الخيار قلنا يثبت له الخيار في اول
الامر عند اول الحجر فيستصحب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويفتقر الرجوع الى أركان ثلاثة العوض والم عوض
والمعاوضة ﴾ قال في (التذكرة) حق الرجوع لا يثبت للبائع على الاطلاق بالاجماع بل مشروط بامور
ولا يختص الرجوع بالبيع بل يثبت في غيره من المعاوضات وانما يظهر الفرض بامور ثلاثة العوض
المتعذر تحصيله والم عوض المسترجع والمعاوضة التي انتقل بها الملك الى المفلس ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما
العوض فهو الثمن وشرطه أمران تمذر الاستيفاء بالافلاس فلو وفي المال فلا رجوع ﴾ لا يعجني
جعل هذا شرطا هنا لأن هذا شرط للتجوير لا للاختصاص بعد ثبوت الحجر الذي من جملة
أحكامه الاربعة الاختصاص ولعله انما ذكره تمهيدا لما بعده أو للتنبيه على خلاف الشافعي أولهما أو
للتنبيه على خلاف الشيخ فانه جعل امتناع المؤسر من دفع الثمن للبائع مسلطا له على الفسخ كما يأتي
التنبيه عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يسقط الرجوع بدفع الثمن للمنة وتجوز ظهور غريم ﴾ هذا ذكره
الشيخ في المبسوط وفرض المسئلة فيه فيما اذا قالوا له نوفر عليك ثمنها بكماله وتسقط حقتك من العين قال
وتكون فائدتهم أن العين تساوي أكثر من دينه الذي هو ثمنها فيوفروا عليه الثمن ليرتفعوا بقيمتها
في ديونهم وهو الذي حكاه عنه في التذكرة بعبارة موجزة محررة وزاد في التحرير ما اذا أرادوا دفع
الثمن منهم ولا ريب أن في الفرض الاول منة في الجملة وخوف ظهور غريم يزاحمه مع عموم الخبر وفي
الثاني منة خاصة مع العموم وعبارة الكتاب ظاهرة في معنيين وهما دفعهم اليهم من مالهم حيث لا تكون
في العين زيادة تقتضي الرغبة في بذل العوض أو من مال المفلس بمعنى تقديمه في الدين والتعليلان
جاريان في الثاني قطعا والاول في الاول ويبقى ما اذا دفعوا من مالهم للمفلس على سبيل الهبة أولا على
سبيلها مع ظهور فائدة لهم وبدونها ومقتضى التعليلين وجوب القبول في الاول حيث يشترطون عليه في
عقد الهبة ابقاء صاحب العين بناء على المختار من جواز الشراء بشرط الاعتاق وتعيينه اذ لا اعتراض

ولو امتنع المشتري المؤسر من الدفع فلا رجوع ويستوفيه القاضي الثاني الحلول فلا رجوع لو كان مؤجلا (متن)

حينئذ لغريم الظاهر ولا منة وبذلك صرح في التحرير حيث قالوا قال فلو دفعوا الى المفلس ثمنا فبذله للبائع لم يكن له الفسخ بل هذا يشمل الصورة الثانية وهو ما اذا كان الدفع لاعلى سبيل الهبة ولمل اطلاق الخبر عنده لا يتناول به فيجب الرجوع الى الاصل والجري على القواعد وان قلنا ان شرط الايقان غير صحيح دخل في ملك المفلس وتعلق به الحجر على القول بتعلقه بالتجدد فيعود المحذور وهو تجويز مشاركة الغريم ومنه يعلم حال ما اذا كان الدفع لاعلى سبيل الهبة فصار الحاصل أن الفرض الاول وهو ما كان على سبيل الهبة اما غير داخل تحت اطلاق النص ويكفي فيه الشك مع المحافظة على القواعد الشرعية أو غير خارج عن المحذور وهو مشاركة الغريم الظاهر (وأما الفرض الثاني) فالمحذور موجود فيه ويبقى الكلام فيما اذا دفعوا اليه أي صاحب العين الثمن من مالهم لترك العين حيث يكون فيها ما يقتضي الرغبة وصاحبها عالم بذلك وهنا لا منة ولا خوف ظهور غريم وقضية كلام المصنف أن لا خيار له حينئذ (قلت) هو كذلك عنده لندرة وقوعه جدا وذلك لانه من البعیدان الغرماء يدفعون قيمة ثمن عينه بجائنا لمكان ظهور زيادة فيها تساوي ذلك أو تزيد عليه على انه قد نبه عليه في التذكرة قال اذا كان في السلعة زيادة لفلاء السعر أو كثرة الراغبين اليها بحيث يرجى صعود سعرها فيجب على صاحبها أخذ دينه الذي بذله الغرماء ولمس له استند الى الاصل وعدم الخروج عن القوانين الا في محل الوفاق واليقين وهو ما اذا كانت قيمة العين الآن مساوية لدينه أو أنقص محافظة على الضوابط الشرعية ولا نعلم شمول الخبرين لذلك فقوله في جامع المقاصد ان المدول عن النص بمثل هذه الاوهام لا يجوز لعله لا يجوز فتأمل فكان المتبادر من عبارة الكتاب سالما عن اعتراض الشهيد والحقق الثاني قال في (جامع المقاصد) تبعا للشهيد مع تهذيب لكلامه وزيادة وحسن تأدية لافرق في ذلك بين أن يكون دفع الغرماء لدين صاحب العين من مالهم أو من مال المفلس سواء دفعوا الى المفلس ليوفي عن نفسه صاحب العين أو دفعوا الى صاحب العين وسواء كان في العين ما يقتضي رغبتهم في دفع القيمة أولا لان الخيار قد ثبت بالنص فلا يسقط بما ذكر وتعليل المصنف بالامرین أعني المنة وتجويز غريم آخر لا يأتي على جميع الصور الى آخر ما قل وقد عرفت الحال  قوله  ﴿ ولو امتنع المشتري المؤسر من الدفع فلا رجوع ويستوفيه القاضي ﴾ وكذا لو هرب وزاد في التذكرة أو مات وهو ملي وامتنع الوارث من دفع الثمن فان البائع لا يتسلط على الفسخ للاصل فلا يبدل عنه الا بالنص ولا يخالف منا الا الشيخ حيث جوز للبائع الفسخ في كل موضع يتعذر فيه قبض الثمن سواء قبض المبيع المشتري أولا وفي (الدروس) انه لا يخلوا عن قوة وقد يرد على ما زاده في التذكرة انه يجوز رجوع غريم الميت بعينه مع الوفاء كما سيجيء وقد يرد هذا على اطلاق الكتاب كما قد يرد عليه أيضا جواز رجوعه في خيار التأخير مع عدم القبض أو القبض بغير اذن البائع والتأويل ممكن وقد تقدم الكلام في ذلك مستوفى عند الكلام في خيار التأخير وهنا قريع على تعذر الاستيفاء بالا فلاس لان التعذر هنا ليس من جهة الافلاس فذكره غير مستدرك وفيه أيضا التنبيه على خلاف الشامي أيضا فتأمل  قوله  ﴿ الثاني الحلول ﴾ هذا هو الامر الثاني من شرط العوض أي الثمن  قوله  ﴿ فلا رجوع لو كان مؤجلا ﴾ كأنه مما لا خلاف فيه لانه لا مطالبة له في الحال فكيف يفسخ البيع اللازم بغير موجب ولا

ولو حل الاجل قبل فك الحجر ففي الرجوع اشكال وأما المعاوضة فلها شرطان كونها معاوضة محضة فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والعفو عن القصاص على مال فليس للزوجة فسخ النكاح ولا للزوج فسخ الخلع ولا للماني فسخ العفو بتعذر الاعراض ويثبت في الاجارة والسلم فيرجع الى رأس المال مع بقائه او يضرب بقيمة السلم مع تلفه او برأس المال على اشكال لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم (متن)

يحل الاجل بالفلس وقد تعلق بالعين حق الغرماء ولا دليل على سقوطه ﴿ قوله ﴾ ولو حل الاجل قبل فك الحجر ففي الرجوع اشكال ﴿ من عموم الخبر وتعلق حق الغرماء قبله كما في الايضاح من دون ترجيح وزاد في جامع المقاصد أن عموم النصوص دال على تعلق حقوق الغرماء بأعيان أمواله وهو يقتضي عدم اختصاص البائع بعد الحلول لامتناع الاختصاص مع تعلق حقوق الغرماء (قلت) ليس في أخبار الباب وهي أربعة الا أنه يقسم ماله بين غرمائه وان كان له مال أعطي الغرماء وهذا الاطلاق قد يقال انه لا يتناول ذلك فتأمل وقد يوجه الاشكال أيضا من استحقاق المطالبة الآن وانه يشارك قبل القسمة ومن عدمه سابقا فكذا لاحقا وقد قرب في التذكرة انه لو حل الاجل قبل انفكاك الحجر انه لا يشارك صاحبه الغرماء وبني عليه انه ليس لصاحب الدين الذي قد حل الرجوع في عين ماله سواء كان الحاكم قد دفعها في بعض الديون أم لا وقال في (التحرير) ان كان قسم المال ويقتضي العين فلا رجوع وان لم تبع كان له الرجوع وهو جيد جدا بناء على المختار من أنه يشارك قبل القسمة وفي (جامع المقاصد) أن الاصح عدم الرجوع من دون تفصيل ﴿ قوله ﴾ وأما المعاوضة فلها شرطان كونها معاوضة محضة فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والعفو عن القصاص على مال فليس للزوجة فسخ النكاح ولا للزوج فسخ الخلع ولا للماني فسخ العفو بتعذر الاعراض ﴿ هذا الشرط اجماعي كما في (جامع المقاصد) وكان كل ذلك مجمع عليه عند الاصحاب كما يفهم من التذكرة كما في مجمع البرهان وهو أيضا مقتضى الاصل والقواعد الشرعية وحاصله انه انما يثبت الفسخ اذا كان سبب الانتقال معاوضة محضة مثل البيع والاجارة والهبة المعاوضة والصلح وغيرها لا غيرها ما فيه شائبة المعاوضة كالنكاح والخلع والعفو عن القصاص على مال بمعنى أن المرأة لا تفسخ النكاح بتعذر استيفاء الصداق بالفلس وليس للزوج فسخ النكاح اذا لم تسلم المرأة نفسها وهكذا نعم لو طلقها قبل الدخول فسقط نصفه وبقي نصفه وعين الصداق موجودة وقد أفلتت فهو أحق بعين ماله وقد قال جماعة انه اذا أعسر زوج المرأة بنفقتها كان له (١) وآخرون انها ترفع أمرها الى الحاكم ليجبره على طلاقها ﴿ قوله ﴾ ويثبت في الاجارة والسلم فيرجع الى رأس المال مع بقائه أو يضرب بقيمة السلم فيه مع تلفه أو برأس المال على اشكال لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم ﴿ لما ذكر ثبوت الاختصاص في الاجارة والسلم بدأ أولا بذكر بيان حكم السلم وقد تسالم الاصحاب على ان رأس المال اذا كان باقيا كان له الرجوع اليه والضرب كما تقدم واختلفوا فيما اذا كان رأس المال تالفا مطلقين الكلمة من دون

فرق بين ما إذا كان التلف قبل الحجر أو بعده ويأتي بيان الحال فيه وأول من تعرض لهذا الفرع من أصحابنا الشيخ في المبسوط وقد فرض المسئلة فيه فيما إذا كان مال المفلس مشتملا على جنس المسلم فيه بحيث يمكن وقاؤه منه قال وإن لم يجد غير ماله فإنه يضرب مع الغرماء بقدر ماله عليه من الخنطة وقيل أيضا أنه إن أراد فسخ العقد والضرب مع الغرماء برأس المال كان له ذلك والاول أصح وكيفية الضرب بالطعام أن يقوم الطعام الذي يستحقه بعقد السلم فإذا ذكرت قيمته ضرب بها مع الغرماء بما يخصه منها فيه فإن كان في مال المفلس طعام أعطي منه بقدر ما خصه من الثمن وإن لم يكن في ماله طعام اشترى له بالقدر الذي خصه من القيمة طعاما مثل الطعام الذي يستحقه ويسلم اليه ولا يجوز أن يأخذ بدل الطعام بالقيمة التي تخصه لانه لا يجوز صرف المسلم فيه الى غيره قبل قبضه انتهى فقد اشتمل كلامه على أن المال مشتمل على جنس المسلم فيه وأنه يضرب بقيمة المسلم فيه وأنه لا يجوز صرف المسلم فيه الى غيره قبل قبضه وقد وافقه على الاول المصنف في صريح التحريم والتذكرة وكذا المختلف في آخر كلامه لافي أوله وهو ظاهر جامع المقاصد بل كاد يكون صريحه عند التأمل الصادق وخالفه المصنف في المختلف في أول كلامه والشهيدان في الحواشي والمسالك والمقدس الاردبيلي في مجمع البرهان ففرضوا المسئلة فيما إذا لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه أو يشتمل عليه بحيث يمكن وقاؤه منه كما صرح بذلك في المسالك ورتبوا على ذلك أنه مع تلف عين ماله يتخير بين الضرب بقيمة المسلم فيه ورأس المال لانه متى تعذر المسلم فيه في وقته ولو بغير الاقطاع تخير المسلم بين الفسخ والصبر فيكون هناك (هنا خ) كذلك الا أنه هنا مع الفسخ يضرب بالثمن ومع عدمه يضرب بقيمة المسلم فيه اذ لا صبر هنا لاحد من الغرماء فان كان المصنف في الكتاب يوافقهم على هذا الفرض كما هو الظاهر من قوله تعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم أي ولا ينحصر أمره في الضرب بالقيمة فيكون هذا أحد وجهي الاشكال ويكون الوجه الثاني أن المسلم فيه قد تعذر فيضرب بقيمته كما هو الشأن في غيره وأنه عقد لازم والفسخ إنما يكون عند انقطاع جنس المسلم فيه لا عند تعذره بغير الجائحة اذ يمكن حصوله باستقراض ونحوه لا يتوجه على العبارة شيء مما ذكره في جامع المقاصد قال فيها نظر لأن تعذر الوصول الى حقه صغرى قياس حذف كبراه وتهديرها وكل من تعذر وصوله الى حقه فسخ المعاوضة المتضمنة له ومعلوم عدم صحتها كلية (قلت) صفراء على ما قلناه هذه صورتها هذا مسلم تعذر وصول حقه وكل مسلم تعذر وصوله الى حقه فسخ المعاوضة المتضمنة له وهي صادقة في باب السلم مجمع عليها في صورة الاقطاع بالجائحة وكذا بغيرها على الظاهر من أخبار ذلك الباب حتى لو كانت هذه الأخيرة محل خلاف وما كان ليكون فليس نظره في جامع المقاصد اليها وقال أيضا أنه لم يقيد التلف بكونه قبل الحجر أو بعده ويجب التفريق بينهما فإنه إذا تلف الثمن قبل الحجر لم يبق للمسلم الا السلم فيه فبعد الحجر يستحق الضرب ليس الا وأما إذا كان التلف بعد الحجر فإن الفسخ قد ثبت حال الحجر بوجودان عين ماله فلا يسقط بتلفها استصحابا لما كان انتهى (قلت) على ما عرفت من أن المسلم فيه متى تعذر وصوله الى حقه فسخ لم يبق فرق بين التلف قبل الحجر أو بعده كما هو واضح وإن قلنا ان العبارة موافقة للمبسوط وما وافقه من اشتمال مال المفلس على جنس المسلم فيه بحيث يمكن وقاؤه منه يكون الوجه في الضرب بالقيمة وعدم الفسخ ان تلف رأس المال لا يفسخ السلم مع وجود المسلم فيه فيضرب بدينه كما في كل غريم ودينه هو المسلم فيه فيضرب به فيكون حينئذ هو أحد وجهي اشكال

ولو أفلس مستأجر الدابة أو الأرض قبل المدة فلمؤجر فسخ الاجارة تنزيلا للمنافع منزلة الاعيان (متن)

المصنف ووجه الفسخ والضرب برأس المال أنه تعذر عليه الوصول الى تمام حقه لمكان مشاركة الغرماء فليمكن من فسخه كله كما لو اقطع أو فسخ البعض الذي لم يصل اليه فيكون معنى قول المصنف لتعذر الوصول الى حقه عدم وصوله الى حقه تاما وهو الوجه الثاني من الاشكال كما نبه على ذلك كلامه في التذكرة وحينئذ فالقاتل بأنه يضرب بالقيمة في هذا الفرض لا يفرق بين كون تلف الثمن قبل القبض ام بعده وكذا القاتل بالفسخ لانه ينزل عدم الوصول الى تمام حقه بمنزلة الاقطاع فيتسلط عنده على الفسخ مطلقا ولهذا أطلقوا ولم يفرقوا كما هو واضح ومعنى الضرب بالقيمة في عبارة الكتاب وغيرها الضرب باعتبارها لانه إنما يعلم مقدار المستحق للمسلم من مال المفلس باعتبار قيمة المسلم فيه فكأنه ضرب بها كما نبه على ذلك الشيخ في المبسوط في بيان الكيفية كما سمعته آتفا وقد جعل الاشكال في الايضاح في ضربه في القيمة مع التلف نظرا الى أن بعض الفقهاء يمنع من المعاوضة على مال السلم قبل قبضه وفيه ان المانع الشيخ وقد عرفت كيف ذكر الكيفية ثم ان المصنف لا يرى المنع من هذه المعاوضة فكيف يستشكل صحتها (وكيف كان) فالقاتل بالضرب بالقيمة الشيخ في المبسوط كما سمعت وقد قرره في التذكرة في أول كلامه والقاتل بالتخير بين الضرب بالقيمة والضرب برأس المال على اختلافهم في تصوير المسئلة وفرضها المحقق في الشرائع والمصنف في المختلف وصاحب المسالك والمقدس الاردبيلي ونفى عنه البعد في التذكرة في آخر كلامه وفي (المسالك) نسبته الى الاكثر وحكى الشهيد عن ابن المتوج أنه ان حل الأجل قبل قسمة ماله اختص بالعين وان حل بعده لم يكن له الا الضرب بالمسلم فيه أو الفسخ وهو كما ترى وحقق هو أي الشهيد انه يضرب بقيمة المسلم فيه فان تعذر أي المسلم فيه جاز له الفسخ انتهى فتأمل (وليعلم) ان عبارة الارشاد مطلقة جداً قال ويتخير المشتري سلماً في الضرب بالقيمة أو الثمن انتهى فليتأمل قوله ﴿ ولو أفلس مستأجر الدابة أو الأرض قبل المدة فلمؤجر فسخ الاجارة تنزيلا للمنافع منزلة الاعيان ﴾ هذا ذكره الشيخ في المبسوط بعبارة مطلقة قال واذا أفلس المكثري بالكرانظر فان أفلس قبل مضي شيء من المدة رجع المكثري في المنافع وفسخ الاجارة لانه قد وجد عين ماله لم يتلف منه شيء وأشد منها في الاطلاق عبارة الشرائع قال ولو أفلس المستأجر كان للمؤجر فسخ الاجارة وبذلك عبر في اجارة المبسوط والخلاف والمذهب والغنية والسرائر والشرائع والكتاب ولعل الاطلاق لوضوح المراد والا فلا ريب ان فسخ الاجارة من أصلها إنما يكون اذا كان الحرج قبل مضي شيء من المدة كما نبه عليه في المبسوط والمصنف هنا وفي التذكرة والمحقق الثاني ويأتي الكلام فيما اذا مضى شيء من المدة ولا ريب أيضا ان ذلك اذا لم يكن قد دفع المستأجر الاجرة كما نبه عليه في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وترك في المبسوط والكتاب لشدة وضوحه ووجهه أنه يدخل في عموم الخبر لانه وجد عين ماله وان المنافع تنزل منزلة الاعيان في جملة من المواضع مضافا الى اتحاد الطريق وهو الاشتراك في الضرر والاجارة كالباع معاوضة محضة لا يقصد بها الا العوضان ولا يفرق في هذا أي حيث يريد الفسخ بين أن تكون الاجارة على عين أو ذمة وقد يقال ان الرجوع والفسخ على خلاف الاصل والمنافع ليس لها وجود مستقر فيشك في دخولها تحت

وله الضرب فيؤجر الحاكم الدابة أو الأرض ويدفع إلى الغرماء ولو بذلوا له الأجرة لم يجب عليه الامضاء ولو حجر عليه وهو في بادية ففسخ المؤجر نقلت العين إلى مأمّن بأجرة المثل مقدمة على الغرماء (متن) .

العموم إذ في الخبر فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال عليه السلام لا يحاصه الغرماء فأمل لأنه قد يقال أنه يتناول إطلاقه لكنه هو والخبر الوارد في الميت عندهم من سنخ واحد على الظاهر وفيه رجل باع متاعاً من رجل قبض المشتري المتاع ولم يقبض الثمن ثم مات المشتري والمتاع قائم بعينه فقال إذا كان المتاع قائماً بعينه رد إلى صاحب المتاع وقد يناقش في اتحاد الطريق وتنقيح المناط لكننا لم نجد مخالفاً ولا متأملنا في الباب ولا باب الأجرة قوله ﴿ وله الضرب فيؤجر الحاكم الدابة أو الأرض ويدفع إلى الغرماء ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقد ترك ذكره في المبسوط والشرائع ولعله لوضوحه وحاصل العبارة أن المؤجر إن اختار امضاء الأجرة ضرب مع الغرماء بالأجرة وأجر الحاكم العين على المفلس كما يؤجر أعيان أمواله التي لا يمكن بيعها وصرف الأجرة إلى الغرماء إذا كانت الأجرة على عين أو في الذمة وحصل التعيين ولو لم يكن قد عين ولم يفسخ طالبه الحاكم بالتعيين ثم يؤجر العين حينئذ قوله ﴿ ولو بذلوا له الأجرة لم يجب عليه الامضاء ﴾ للأصل وأنه قد ثبت له الخيار فلا يزول بذلك والمنة وخوف ظهور غريم على نحو ما مر فتدبر وهذا كله إذا لم يمض من المدة شيء فلو مضى شيء منها له قسط من الأجرة فإن فسخ المؤجر ضرب مع الغرماء بقسط المدة الماضية من الأجرة المسماة كما لو باع عشرين قلفاً أحدها ففسخ في الآخر وإن اختار الامضاء ضرب بجميع الأجرة كما نبه على ذلك في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد قوله - ﴿ ولو حجر عليه وهو في بادية ففسخ المؤجر نقلت العين إلى مأمّن بأجرة المثل مقدمة على الغرماء ﴾ المراد بالعين المتاع المحمول على الدابة المستأجرة وقد صرح بذلك في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان قالوا لو أفلس مستأجر الدابة وحجر عليه في خلال الطريق ففسخ المؤجر لم يكن له طرح متاعه في البادية المهلكة ولا في موضع غير محرز بل يجب عليه نقله إلى مأمّن بأجرة المثل لذلك النقل من ذلك المكان ويقدم به على الغرماء لأنه لصيانة المال وحفظه وإيصاله إلى الغرماء فأشبه أجرة الكيال والجمال وأجرة المكان المحفوظ فيه وفي (الارشاد) لو كانت الدابة في بادية نقلت إلى مأمّن بأجرة المثل مقدمة على الغرماء وظاهره أن الدابة من عين مال المفلس يخاف هلاكها فنقلت إلى المأمّن بالأجرة وقد يكون أراد أنه لو كانت العين المستأجرة دابة عليها حمل أو متاع وفسخ صاحبها الأجرة في بادية نقلت مع حملها إلى المأمّن بالأجرة كما عرفت فيوافق القوم وكيف كان لا يسلم ماله إلا إلى الحاكم ومع التعذر يحفظه حتى يوصله إليه ويمكن تسليمه إلى العدل ليوصله إليه ولعل الأولى أن يحفظه ويعلم به لئلا يحصل التصرف والنقل من غير إذن بل في (جمع البرهان) احتمال عدم جواز ذلك في كل مال له صاحب وقد كان يد المستعير أو الودعي فأخذه ليوصله إلى صاحبه أو بعث به إليه إلا أن يكون مأذوناً بوجه فليأمل ومثل ذلك ماله كانت الأجرة لركوب المفلس وحصل الفسخ في أثناء المسافة فإنه ينتقل إلى المأمّن بأجرة مقدمة دفعا للضرر عن نفسه الذي هو أولى من حفظ ماله ولا فرق في هذه المواضع بين كون مورد الأجرة العين أو الذمة

ولو كان قد زرع الارض ترك زرعه بعد الفسخ باجرة مقدمة على الغرماء اذ فيه مصلحة
الزراع الذي هو حق الغرماء ولو افلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ بل يقدم المستأجر
بالمنفعة كما يقدم المرتهن (متن)

لتحقق التعيين ويبقى الكلام في المأمن فان كان في صوب المقصد وجب المضي اليه وهل للمؤجر
تسجيل الفسخ أو يجب عليه الصبر الى المأمن الاقرب الاول وتظهر الفائدة فيما لو كان الاجر في نقله
مخالفا لما يقع له بعد التقسيط من المسمى لانه حينئذ ان فسخ كان له اجرة المثل سواء زادت عن القسط
من المسمى او نقصت او ساءت وان لم يفسخ كان القسط من المسمى ولو كان النقل الى المأمن هو
منتهى مسافة الاجارة وجب النقل اليه ويجوز الاحتمالان وهما هل له الفسخ أولا ولو كان النقل الى
المأمن لا يحصل الا باجرة مساوية للمقصد أو أكثر فالاولى وجوب النقل وعدم تخيره وهو يقدم بالقسط
للتقل أم لا اشكال ولو كان المأمن في صوب المقصد وصوب مبدأ المسافة على حد واحد أو تعددت
مواضع الأمن وتساوت قربا وبعدا فالمدار على المصلحة فان تساوت كان له سلوك أيها شاء لكن
الاولى سلوك ما يلي المقصد لانه مستحق عليه في أصل العقد وان اختلفت الاجرة سلك أقلها اجرة
وان اختلفت مصلحة المفلس والغرماء فالاولى تقديم مصلحة المفلس كما نبه على ذلك كله في التذكرة
﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان قد زرع الارض ترك زرعه بعد الفسخ باجرة مقدمة على الغرماء اذ
فيه مصلحة الزرع الذي هو حق الغرماء ﴾ هذا ذكره الشيخ في المبسوط والمصنف في التحرير
والارشاد والتذكرة (وحاصل الكلام) في المقام انه لو فسخ المؤجر للارض لافلاس المستأجر
فان كانت فارغة أخذها فان كان قد مضى من المدة شيء كان كما تقدم وان كانت الارض مشغولة
بالزراع فان كان قد استحصد طالب بمحصاده وتفرغ أرضه وان لم يستحصد فان كان له قيمة اذا قطع
واتفق المفلس والغرماء على قطعه كان لهم وان اتفقوا على التبقية وبذلوا لصاحب الارض اجرة فلهم
ذلك بشرط ان يقدموا المؤجر باجرة المثل وفي (التحرير والارشاد) انه يجب عليه الصبر والابقاء وفي
الاخير انه ليس له الازالة بالارش والظاهر ان له ذلك وان ارادوا التبقية بغير عوض لم يكن لهم ذلك
ولو اختلفوا اجيب من طلب القطع واحتمل اجابة من طلب الاتقع وكذلك في كل ما كان من هذا
القبيل كما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو افلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ بل
يقدم المستأجر بالمنفعة كما يقدم المرتهن ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد وجمع
البرهان لان ذلك هو مقتضى الاصل والقواعد لانه عقد لازم عقده قبل الحجر والمنافع المستحقة
للمستأجر متعلقة بعين ذلك المال فيقدم بها كما يقدم المرتهن ولا فرق في التعيين بين ان يكون في اصل
العقد أو بعد وروده على الذمة ثم الغرماء لهم الخيار بين الصبر حتى تنقضي مدة الاجارة ثم يبيعونها وبين
البيع في الحال لانه يجوز عندنا بيع الاعيان المستأجرة ولا مبالاة بما ينقص من الثمن بسبب الاجارة
اذ لا يجب على الغرماء الصبر الى أن يزيد مال المفلس وفي (جامع المقاصد) انها تباع ان حصل
راغب والاخر يبيعها الى اتقضاء الاجارة ولو اختلف الغرماء في الصبر والبيع اجيب من يطلب البيع وحيث
يختارون الصبر هل يبقى الحجر مستمرا الى اتقضاء الاجارة وجهان ولعل الاقوى العدم ﴿ قوله ﴾

ولو كانت الاجارة على الذمة فله الرجوع الى الاجرة ان كانت باقية او الضرب بقيمة
المنفعة الثاني سبق المعاوضة على الحجر والاقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعه عليه بعد
الحجر ولو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمل مزاحمة الفرما بالباقي لاستناده
الى عقد سابق على الحجر والمنع لانه دين حدث بعد القسمة ﴿ المقصد الرابع في الضمان ﴾ (متن)

﴿ ولو كانت الاجارة على الذمة فله الرجوع الى الاجرة ان كانت باقية او الضرب بقيمة المنفعة ﴾ كما
في التذكرة والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان اما الاول فلانه غريم ظفر بعين ماله فله الرجوع
فيه والضرب مع الفرما واما الثاني وهو انه يضرب بقيمة المنفعة حيث تكون الاجرة تالفة فلان المفروض
عدم التعيين فيكون كائر الفرما لا يقدم عليهم في الاستيفاء وليس له الفسخ والضرب بالاجرة لانه
ليس كالمسلم ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني سبق المعاوضة على الحجر ﴾ هذا هو الشرط الثاني من شروط
المعاوضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعه عليه بعد الحجر ﴾ قد سبقت له هذه
المسئلة في بحث منع التصرف في موضعين احدهما حيث قال وليس للبائع الفسخ وان كان جاهلا والثاني
حيث قال ويحتمل في الجاهل الضرب والاختصاص والصبر وهنا قرب عدم الاختصاص وعدم تعلقه
بها وقد استوفينا الكلام في الموضع الاول واحتمل الشهيد ان يكون قريب عدم رجوعه لعله وفيه
ان عدم رجوع العالم محكي عليه الاجماع مني عنه الاشكال من جماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو فسخ
المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمل مزاحمة الفرما بالباقي لاستناده الى عقد سابق على الحجر والمنع
لانه دين حدث بعد القسمة ﴾ الاحتمال الاول جزم به في التحرير وقربه في التذكرة لانه دين استند
الى عقد سابق على الحجر وهو الاجارة فصار كما لو انهدم قبل القسمة وضعف الثاني في التذكرة بان
السبب متقدم فيكون مسببه كالمتقدم ورده في (جامع المقاصد) بعنوان الاحتمال بان وجود السبب وان
كان كوجود المسبب لا يستلزم ما ذكره لانه لا يجري مجراه من جميع الوجوه قطعاً ومن بعضها لا يفيد
وخصوص هذا الوجه لا دليل عليه قال والمنع قريب انتهى فتأمل

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وعليه أتوكل وبه استعين ﴾

الحمد لله كما هو اهله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه اجمعين محمد وآله الطاهرين المعصومين
ورضي الله تعالى عن مشايخنا وعلماثنا اجمعين وعن رواتنا المحسنين وادرجنا ادراجهم وسلك بنا
سبيلهم اللهم بالأمن آمين ﴿ وبعد ﴾ فهذا ما برز من اجزاء مفتاح الكرامة على قواعد العلامة زاد الله
سبحانه اكرامه تصنيف العبد الاقل محمد الحوادر الحسيني الحسيني العالمي عامله الله تعالى بلطفه
الحفي والجلي ﴿ قوله ﴾ ﴿ المقصد الرابع في الضمان ﴾ هو عندنا كما قاله المصنف في التذكرة والشهيدان
وغيرهم مشتق من الضمن لانه يجعل ما كان في ذمته من المال في ضمن ذمة اخرى اولان ذمة
الضامن تتضمن الحق فالتون فيه اصلية بناء على انه ينقل المال من الذمة الى الذمة وعند اكثر العامة
انه غير ناقل وانما يفيد اشتراك الذمتين فاشتقاقه من الضم والتون فيه زائدة لانه ضم ذمة الى ذمة
فيتخير المضنون له في المطالبة والترجيح معنا من وجوه (منها) وجود التون في جميع تصاريفه من ماض
ومضارع وامر وثنية وجمع ودعوى اشتقاق ما فيه التون في جميع تصاريفه مما هو خال عنه كذلك

غير معقول (ومنها) ان ضمان النفس يمكن توجيهه على مذهبنا وبحاج على مذهبهم الى تكلف شديد جدا واما ضمان المتلفات من نفس ومال فانه يناسب المختار وان خرج عما نحن فيه (ومنها) قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم قد قال الشهيد ان ظاهره اختصاصه بالنرم اذ هو خبر في معنى الانشاء وظاهره ان ذلك لمكان الوصف وهو حجة وهل هذا النزاع نشأ من اختلافهم في الحكم ام للعكس وجها وتظهر الفائدة في مسائل (منها) انه لو ابرأ الضامن برثا معا عندنا ولا يبرأ المضمون عنه عندهم وينعكس الحكم مع انعكاس الفرض نعم لو ابرأ المضمون عنه يبرأ عندهم ولا يبرأ عندنا لانه ابرأ لمن ليس له عليه شيء الى غير ذلك مما ذكره ابو العباس مما يأتي في تضاعيف الباب وكيف كان فالضمان مشترك لفظي بين معنيين اعم واخص فالاعم هو التعهد على وجه خاص بنفس أو مال لمن كان له في ذمته شيء ام لم يكن فان كان نفسا فهو الكفالة وان كان مالا فان كان في ذمته شيء فهو الحوالة والا فالضمان بالمعنى الاخص الا ان الضمان اذا اطلق بغير قيد يتبادر منه المعنى الاخص لكثرة تداوله مع كونه فردا من العام واذا اريد منه القسمان الآخران بخصوصهما احتيج الى التقييد مثل ان يقال ضمان نفس أو ضمان لمن في ذمته شيء وهذا هو مراد الاصحاب مما طفحت به عباراتهم من قولهم ان الضمان الخاص هو المسمى بالضمان بقول مطلق وليس مرادهم ان الضمان مفهوم كلي تحت افراد ثلثة منقسم اليها اقسام الكلي الى جزئياته لكن هذا الفرد الخاص لا يحتاج الى قيد وقرينه بخلاف الفردين الآخرين ليرد عليه ان ذلك يقتضي كون اطلاق الضمان عليهما ليس على وجه الحقيقة لان من علاماتها صحة الاطلاق من غير قيد كما ان توقف فهم المعنى المراد من اللفظ على قيد ينضم اليه دليل المجاز فكيف يجتمع كونها من افراد الكلي بطريق الحقيقة وافتقارهما مع ذلك في صحة الاطلاق الى التقييد كما صرح به في المسالك ونبه عليه في جامع المقاصد (وبجواب) كما في المسالك بان المنقسم اليهما بحيث صارا فردين له بطريق الحقيقة هو مطلق الضمان لا الضمان المطلق وهذا أي مطلق الضمان لا ينافي كونها مجازين بالنظر الى الضمان المطلق وحقيقتين بالنسبة اليه أي مطلق الضمان (والحاصل) انه فرق بين الشيء المطلق ومطلق الشيء ومثل هذا البحث يأتي في الماء فانهم قسموا مطلق الماء الى الماء المطلق والمضاف مع ان اطلاق الماء على المضاف بطريق المجاز الا انه فرد حقيقة من مطلق الماء ومنشاء الاختلاف باختلاف الوجهين ولكن لما اشتهر المعنى المطلق وخفي مطلق المعنى لو حظت الحقيقة والمجاز باعتبار المشتهر خاصة (وانت خير) بان الايراد والجواب في غير محلها كما ستسمع على انا لو قلنا ان الضمان اسم لمفهوم كلي وتحت افراد ثلثة لكن هذا الفرد هو المتبادر منها فعناه انه مطلق صار حقيقة عرفية في بعض افراده وهذا معنى قولهم الاطلاق ينصرف الى الفرد الشائع فتصير بقية الافراد كالمجازات تحتاج الى قرينة (ثم يرد) على الايراد انا لا نسلم ان اطلاق الكلي على كل فرد منه حقيقة بل هو مجاز قطعا لكنه قد استعمل في غير ما وضع له ومعنى قولهم انه يصح استعماله في الفرد من حيث كونه فردا حقيقة انه يصح تعليق الحكم بالكلي من حيث تعلقه بفرد منه بان لا يكون من مقصود التكلم وارايدته في الواقع الا ذلك الفرد مع استعمال اللفظ في الكلي وتعليقه أي التكلم الحكم به الا انه اراده من اللفظ واستعمله فيه كما حققه المحقق التفتازاني في باب البيان وله تحقيق آخر وهو ان الكلي اذا استعمل في فرد باعتبار حصول الماهية فيه مع قطع النظر عن الخصوصيات والشخصات وبالجملة أريدت الماهية المتحققة في ضمن فردانه يكون حقيقة أيضا وهذا انكره جماعة واتفقوا على ان استعماله في فرد باعتبار

وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه أولا (متن)

شخصه وخصوصه يكون مجازا (ويرد) على الجواب انا لا نسلم أن المتقسم في كلامهم مطلق الضمان بل الضمان المطلق لأنهم يقولون الضمان كذا وكذا ولا شك انه مطلق ولا يشترط في المتقسم عندهم أن يكون صادقا على جميع الافراد حقيقة كما هو الشأن في تقسيم الطهارة والماء المطلق والوضوء ونحو ذلك كما صرح به جماعة وانت اذا احطت خبرا بما حررناه في المقام ظهر لك عدم صحة تفسير المحقق الثاني لعبارة الكتاب فيما يأتي واندفاع اعتراضه على الشهيد وعدم توجه اعتراض الشهيد الثاني على المحقق قال في (جامع المقاصد) في شرح قوله ويسمى ضمنا بقول مطلق ما نصه أي غير محتاج الى تقييده بكونه ضمان المال ممن ليس عليه مثله فيكون الضمان واقعا على معنيين وهذا بخلاف الكفالة فانها لا تطلق على ضمان المال الا بقيد فيقال كفالة بالمال وفي (حواشي الشهيد) ان الكفالة والحالة لا يطلق عليهما الا مضافا فيقال في الكفالة ضمان النفس وفي الحالة ضمان المال ممن عليه مثله فيكون قوله بقوله مطلق مشيرا الى ذلك وفيه نظر فانه على هذا لا يكون صدق الضمان عليهما بطريق الحقيقة وتعريف المصنف يقتضي الحقيقة ومع ذلك فالحوالة لا تختص بمن عليه مثله كما سيأتي في كلام المصنف انشاء الله تعالى والصواب ما ذكرنا وهو الذي ذكره في التذكرة انتهى والموجود في التذكرة أن الضمان قد شرع للتعهد بمال أو نفس وسمى الاول ضمنا بقول مطلق ويخص الثاني باسم الكفالة وقد تطلق الكفالة على ضمان المال لكن بقيد فيقال كفالة بالمال وليس بتلك المكانة من الدلالة على ما أراد وأما المحقق فانه اختار التقسيم على المشهور حيث قال والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال وقد لا يكون فهنا ثلاثة أقسام ثم بين ما عنده في المسئلة من جريان الحوالة في بعض أقسام الضمان فلا يرد اعتراض الشهيد الثاني من أن الحوالة لا يعتبر فيها شغل ذمة المحال عليه للمحيل فيدخل هذا القسم في الضمان الاخص ولا يحتاج الى جوابه بأن التقسيم جار على محل الوفاق أو باعتبار القسم الآخر وهو تعهد مشغول الذمة للمحيل فيكون هو أحد الاقسام الثلاثة خاصة وكون القسم المشترك ذا جهتين بحيث يصح تسميته ضمنا خاصا وحوالة يسهل معه الخطب انتهى ثم يرد عليه أيضا أن الظاهر من القسمة التباين وحصر اسم كل قسم فيما ذكر له ~~قوله~~ وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه أولا ~~في~~ هذا تعريف له بالمعنى الاعم الشامل للاخص والحوالة والكفالة وفي (جامع المقاصد والمسالك) انه يجبي في قوله عقد ما سبق في البيع على القول بأنه العقد من أن الضمان هو نفس التعهد لا العقد الدال على التعهد وانه هو التحقيق وان اطلاقه على العقد بطريق المجاز اقامة للسبب مقام المسبب (قلت) هذا شيء أطال في بيانه المحقق الثاني في باب البيع وقال انه الثقل لا العقد وواقعه على ذلك الاستاذ الشريف قدس سره وقد بينا في باب البيع انه ليس بشيء وان الفقهاء انما يعرفون ما اصطلاحوا عليه حيث يقولون كتاب البيع وأقسام البيع وأحكام البيع ونحو ذلك فانهم انما يريدون بذلك المعاملة القائمة بالبائع والمشتري معا وهو المعنى الحاصل بالعقد وكذلك الحال في الضمان والاجارة والرهن والوكالة والقرض وغيرها وليس المراد بالبيع في كلامهم فعل البائع فقط أي النقل ولا بالضمان فعل الضامن فقط ولا بالاجارة فعل المؤجر فقط وهكذا ويرشد الى ذلك انا ما وجدنا أحدا حدد البيع صريحا بالنقل كما بيناه في محله وان هي الا غفلة والا فالامر أوضح من أن يشبه وقال في (جامع المقاصد) ويرد على هذا هنا وفي البيع أن البيع

فہنا فصول ثلاثة الاول الضمان بالمال ممن ليس عليه شيء ويسمى ضمانا بقول مطلق وفيه مطلبان الاول في أركانه وهي خمسة الصيغة وهي صمنت وتحملت وتكفلت وما أدى معناه ولو قال أؤدي أو أحضر لم يكن ضمانا ولا تكفي الكتابة مع القدرة وتكفي مع عدمها مع الإشارة الدالة على الرضا لا مكان العيب (متن)

والضمان وغيرهما قد يكون صحيحا وقد يكون فاسدا وقيل الملك لا يكون الا صحيحا وكذا التعهد (ويجاب) بأن النقل لا يلزم أن يترتب عليه الانتقال وكذا التعهد قد لا يترتب عليه أثره (قلت) لم يتضح وجه هذا الايراد لانه ان كان المراد بيان أن المعاملات أسماء للاعم من الصحيح والفاقد فلا ايراد لان المعلوم أن شرعية العقد المذكور للتعهد أعم من كون أثره يحصل معه وعدمه فيشمل الصحيح والفاقد وان كان المراد أن تعريف البيع والضمان ليس جامعا للشرائط فقد عرفت فيما حررناه في تعريف الرهن أن غرضهم من التعاريف تمييز العقود بعضها عن بعض وبعضها قد لا يتميز عن الآخر الا بذكر بعض الشرائط لان بعضها يتميز بذكر شرط وآخر بذكر شرطين وآخر لا يحتاج الى ذكر شيء من الشرائط وليس الغرض بيان البيع الصحيح والضمان كذلك بل الغرض ان هذا العقد من شأنه أن يدل على نقل الملك وذلك على نقل المنفعة والصحة وهكذا (١) والفساد أمر آخر وراء ذلك والامر هين والتأويل ممكن لكن لا يتخلو عن نجش أو يكون من باب بيان الواضحات فليتأمل جيدا والضمان جائز وثابت بالكتاب والسنة والاجماع كما في المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها

قوله ﴿ فہنا فصول ثلاثة الاول الضمان بالمال ممن ليس عليه شيء ويسمى ضمانا بقول مطلق ﴾ هذا قسم الكلام فيه آنفا ﴿ قوله ﴾ وفيه مطلبان الاول في أركانه وهي خمسة الصيغة وهي صمنت وتحملت وتكفلت وما أدى معناه ﴿ من الالفاظ الدالة عليه صريحا كتقليده والتزمته وأنا بهذا المال ظهير أو كفيل أو ضامن أو زعيم أو حميل أو قبيل كما في المبسوط وغيره وكذا لو قال دين فلان علي كما في التذكرة لان علي ضمان لاقتضاء علي الالتزام (قلت) ومثله في ذمتي اما ضمانه علي فكاف بانتفاء الاحتمال مع نصر بجه بالمال وقيل انه لو قال مالك علي أو دينه علي أو ماعليه علي فليس بصريح لجواز ارادته انه قادر على تخليصه أو أن عليه السعي أو المساعدة ونحوه وكذا لو قال مالك عندي فانه ليس بصريح لأنه يجوز انه للغير تحت يده مال ولا تضر ندرة بعضها كالجيل والقبيل بعد ثبوته في اللغة وقيل بمعنى كفيل من قبل كالم اذا كفل ﴿ قوله ﴾ ولو قال أؤدي أو أحضر لم يكن ضمانا ﴿ لانه وعد وليس بالالتزام كما في التذكرة مضافا الى الاصل والمولى الورديلي على انه يكفي ما يدل على انه يعطي ويشترط فيه قبول المضمون له كما سينبه المصنف عليه لانه عقد اجماعا كما في جامع المقاصد فلا بد فيه من القبول ومن رعاية ما يشترط في سائر العقود من التوصل المعهود بين الايجاب والقبول وضابطه مالا يخرج به القبول عن كونه قبولا لذلك الايجاب عرفا والمولى الورديلي على انه لا يشترط القبول بل يكفي ما يفيد العلم برضاه وتام الكلام يأتي في محله بلطف الله تعالى ﴿ قوله ﴾

﴿ ولا تكفي الكتابة مع القدرة وتكفي مع عدمها مع الإشارة الدالة على الرضا لا مكان العيب ﴾ كما صرح

وشرطه التجيز فلو علقه بمجيء الشهر أو شرط الخيار في الضمان فسد والإبراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه ولو شرط تأجيل الحال صح (متن)

بذلك كله في التذكرة وبه طفت عباراتهم في باب البيع ووجه عدم كفاية الكتابة مع القدرة على النطق أنه أي النطق معتبر في العقود اللازمة بالاجماع ولا فرق بين أن يكون حاضرا أو غائبا ولا بين الضامن والمضمون له بناء على اعتبار قبوله لفظا ووجه كفايتها مع عدم القدرة مع الإشارة الدالة على الرضا أنه حينئذ أخرس أو كالأخرس ولا ريب في صحة عقوده والتوكيل لا بد أن يكون بذلك أيضا أو بالإشارة وحدها إذا أفهمت والظاهر إلا كفاها بالإشارة إذا عجز عن النطق وإن قدر على الكتابة ولو عجز عن النطق لا كراه فهل تكفي كتابته مع الإشارة الدالة أم لا لم أجده للأصحاب نصا في ذلك في باب البيع والنكاح وغيره وقضية الأصل عدم صحته قوله **﴿﴾** وشرطه التجيز فلو علقه بمجيء الشهر أو شرط الخيار في الضمان فسد **﴿﴾** أما اشتراط التجيز فلأنه عقد من العقود فلا يقبل التعليق وفي (تمهيد القواعد) الاجماع على عدم صحة تعليق العقود على الشرط وقد يلوح ذلك من التذكرة وكشف اللثام وقد علل في قواعد الشريد وتمهيد القواعد بأن الانتقال مشروط بالرضا ولا رضا إلا مع الجزم ولا جزم مع التعليق ولو كان وصفا وقد استوفينا الكلام فيه في باب البيع وكذلك لا يقبل التأقيت كما قبله الاجارة فيصح أن يؤجره داره بعد ستة ولا يصح أن يضمن بعد سنة ولا أن يقول أنا ضامن الى شهر فاذا مضى ولم أغرم فأنا بريء وأما شرط الخيار في الضمان كان يشترط الضامن الخيار لنفسه فإنه يكون باطلا كما في التذكرة وظاهر بيع المبسوط ووجهه أنه يتنافى مقتضى الضمان لأن الضامن على يقين من الغرامة والنرد قدبر (وقال) في بيع التذكرة والضمان يصح دخول خيار الشرط فيه للعموم ونحوه ما في بيع التحرير وضمان جامع المقاصد واستظهر المقدس الأردبيلي من التذكرة الاجماع على دخول خيار الشرط في كل معاوضة قال وعموم أدلة العقود والوفاء بها وبالشروط دليل واضح على الكل حتى يوجد المانع من اجماع ونحوه (قلت) والامر كما ذكرنا ذكر من العموم والأصل وانتفاء المانع إلا ما يتخيل من أن الضمان يتضمن إبراء ذمة المضمون عنه والإبراء لا يدخله خيار الشرط وجوابه أن الضمان حكم من أحكام نقل المال ولا يتضمن الإبراء فاذا تحقق النقل غير متزلزل تحققت البراءة والأفلا فليتأمل فيه **﴿﴾** قوله **﴿﴾** والإبراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه **﴿﴾** قد يلوح من التذكرة الاجماع عليه وأنه يطله والمهم تأصيل الأصل فيمكن أن يقال إن العقود والايقاعات ألقاظ متلقاة والأصل عدم قبولها التعليق إلا ما خرج بالدليل كالظهار إن قلناه والوصية والعق على احتمال ويمكن أن يقال الأصل فيها قبول الشرط والتعليق إلا ما خرج بالدليل كالبيع والصلح والاجارة والرهن فليتأمل ولعله ترك ذكر الخيار هنا لمكان ظهور عدم قبول الإبراء **﴿﴾** قوله **﴿﴾** ولو شرط تأجيل الحال صح **﴿﴾** اجماعا كما في الشرائع والتنقيح وإيضاح النافع والمسالك وكذا جامع المقاصد والمفاتيح وفي (الكفاية) لا أعرف فيه خلافا ويدل عليه بعد ذلك الأصل والعمومات السالمة عن المعارض إلا ما قد يتوهم من أنه تعليق للضمان على الاجل وليس كذلك بل هو تأجيل للدين الحال في عقد لازم فيلزم (وعساك تقول) إن الضمان نقل المال على ما هو به وهذا ليس كذلك ولا أقل من أن يختلفوا فيه كما اختلفوا في عكسه (لانا نقول) لانسلم هذه الكلية لانا نجاوز ضمان المؤجل حالا كما ستنسج سلطنا ولكن اشتراط تأجيل الحال شرط

والاقرب جواز العكس (متن)

يستل به صاحب الدين في المقد لازم بخلاف اشتراط حلول المؤجل فان الاجل هنا مشترك بين المضمون له والمضمون عنه **قوله** ﴿ والاقرب جواز العكس ﴾ كأن يضمن المؤجل حالا وهو ظاهر المبسوط على تأمل فيه وقد نسب الى صريحه في السرائر وغيرها قال في (المبسوط) اذا أطلق الضمان فله المطالبة أي وقت شاء وهو المحكي عن المذهب وصريح السرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والارشاد والمختلف في أول كلامه واللمعة والتنقيح والمقتصر وإيضاح النافع والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح والرياض وظاهر التذكرة في موضعين منها الاجماع عليه حيث قال عندنا واستشكل في التحرير في أول كلامه وكذا الكفاية للأصل والعمومات السالمة عن المعارض عدا ما استسمعه من أدلة المخالف وسيوضح فسادها وان الاداء معجلا جائز فكذا الضمان لانه كالاداء وقد نسب الخلاف في المختلف الى الشيخ في المبسوط وانه قال لا يصح لأن الفرع لا يكون أقوى من الاصل ولم أجد ذلك فيه وقد سمعت مانسب اليه في السرائر وغيرها ونسب الخلاف جماعة الى المفيد في المقنة والشيخ في النهاية ولم أجد ذلك في المقنة وليس في النهاية الا قوله ولا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل والى ذلك أشار في السرائر بقوله وقد يوجد في بعض الكتب لاصحابنا ولا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل قال والمراد بذلك اذا اتفقا على التأخير والاجل فلا بد من ذلك ولا يصح الا بأجل محروس فاما اذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون أجل وكذا اذا أطلقا المقد والى هذا القول ذهب شيخنا في مبسوطه وهو حق اليقين لانه لا يمنع منه مانع ومن ادعى خلافه يحتاج الى دليل ولم يجده انتهى وكلامه يعطي انه فهم من عبارة المبسوط المقدمة انه لو كان مؤجلا وضمنه مطلقا حل وجاز له المطالبة أي وقت شاء فليحفظ ذلك كما انه يسطي وجود الخلاف وكأنه تعريض بما يظهر من الوسيلة والغنية في (الوسيلة) انما يصح الضمان بتعيين أجل المال وعد في الغنية من شروط صحته أن يكون الى أجل معلوم وعد شرطين آخرين وادعى الاجماع وكلامهما ليس بنص في الخلاف وتأويل السرائر جار فيه ويشهد له ما يظهر من موضعين من التذكرة من دعوى الاجماع كما سمعت لكن المحقق صرح في النافع بوجود الخلاف وقد حكى أي الخلاف في (المسالك) عن الشيخ واتباعه وحكاها بعضهم عن القاضي في الكامل ولعل كلامه كغيره نعم الخلاف صريح فخر الاسلام في الايضاح وشرح الارشاد والمحقق الثاني في جامع المقاصد واستندا الى أن الحلول زيادة في الحق ولهذا تختلف الائمان به قلت ويحصل به الربوا وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته فيكون ضمان مالم يجب واستحسنه في المختلف ورده الشهيد الثاني ومن تأخر عنه بأن المضمون انما هو المال لان مدلول ما في قولهم ضمان مالم يجب هو المال وأما الاجل فلا يتعلق به الضمان وان كان من توابع الحق وأوصافه الا أن دخوله حيث يدخل ليس بالذات بل بالتبعية وهو حق للمديون فاذا رضي الضامن باسقاطه أو تعجيل الابقاء فقد ضمن ما يجب وهو المال ورضي باسقاط الوصف ولا يرد انه غير واجب الاداء بسبب الاجل لانه واجب في الجملة غاية انه موسع سيما مع رضی المضمون عنه (قلت) مرادها انه ضمان مال لم يجب أدائه لان الضمان عندهما قل المال على ما هو به وقد قصدا بقولهما أن الحلول زيادة في الحق التوضيح فهذا القول لولا ما سيأتي قوي

جداو يعضده اجماع الغنية ويعضد هذا الاجماع أن لا يخالف قبل مدعيه وعبرة المبسوط التي ذكرناها في القول الاول ليست بتلك المكانة من الظهور فيه ولعل عبارة المذهب مثلها وقد يحتج عليه بأن الضمان ارفاق وتسهيل على المضمون عنه وضمان المؤجل حالا يقتضي تسوية المطالبة للضامن فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال فتنتفي فائدة الضمان وبأن الفرع لا يكون أقوى من الاصل ولعل ذلك هو الذي جرى المتأخرين على المخالفة أو التأمل لانه يجب عن الاول أولا بعدم جريانه في الضمان تبرعا وثانيا بأنه ان ضمن بسوالة وتصريحه بالرجوع عليه حالا فهو الذي أدخل الضرر على نفسه والا فليس له المطالبة بما آداه بل يشترط حمله على المضمون عنه وثالثا بأننا نمنع انحصار فائدة الضمان في الارفاق اذ لا دليل على ذلك من نص ولا اجماع ويحتمل كون الفائدة فيه هو تفاوت الغرماء بجنس الاقتضاء وبذلك يظهر ضعف الثاني مع ان الضمان كالاقتضاء على اعترافهم فكما انه يجوز للمضمون عنه دفع المال معجلا فكذا يجوز الضمان معجلا هذا أقصى ما يوجه به هذا القول ولك أن تقول ان عبارتي الوسيلة والغنية يجري فيهما تأويل السرائر ولعله ناظرا اليهما أيضا وقوله حق انيقن يجري مجرى الاجماع وزيادة فيكون مدعي الاجماع مضافا الى الاجماعين الظاهرين من التذكرة فينحصر الخلاف في الشارحين وما في النافع من وجود الخلاف فكأنه مبني على الظاهر ولم يحكمه في الشرائع ولم يلتفت الى حكايته من غيره من الفحول فانهم غالبا لا يرجعون الى الاصول بل يعولون على الفاضلين وكيف كان قد عرفت ما قضى به التبع ثم ان كلام بعض المانعين يقضي بشي وتعليلهم يقضي باخر خلافا مع انهم لم يتفقوا على كلمة واحدة نصا وتعليلا فها اتفقوا عليه نصا واختلفوا فيه تعليلا ما اذا كان الدين مؤجلا والضمان حالا قد نصوا واتفقوا على منعه واختلفوا في تعليله فالشارحان عللا بما سمعت والشيخ وأتباعه عللوا بما عرفت فتعليل الشارحين يقضي بجواز الضمان حالا اذا كان الدين حالا لوجوب الحق فكان ضمان ما يجب وتعليل الشيخ يقضي بمنعه لعدم الارتفاق وأما الضمان تبرعا فعند الشارحين انه كغيره وستعرف حقيقة الحال فيه وعند الشيخ الملل بالارتفاق جائز مطلقا لا تنفاه المانع من التسلط على المضمون عنه وأما ما اختلف فيه النص والتعليل فهو كلام الشيخ وأتباعه اذ قضيته نص النهاية والوسيلة والغنية وقد سمعت عباراتها انه متى كان الضمان مؤجلا جاز سواء كان الدين حالا أو مؤجلا والاجل مساو لاجل الضمان أو أزيد منه أو أقص وهو الذي يعطيه اطلاق اجماع الشرائع قال والضمان المؤجل جائز اجماعا وفي (شرح الارشاد) لفخر الاسلام أن ضمان المؤجل بمثل أجله يصح اجماعا وفي (التنقيح وايضاح النافع) أن ضمان المؤجل بأزيد من أجله يصح اجماعا وقضية تعليليهم بان الضمان ارفاق فلا خلل به يقتضي تسوية المطالبة للضامن فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال فتنتفي فائدة الضمان انه لا يجوز الضمان في الاجل المساوي والقاصر وعند الشارحين يجوز في المساوي ولا يجوز في القاصر فكان محل النزاع في كلامهم غير محرر وجاء المتأخرون فنظر بعضهم كصاحب التنقيح والمسالك الى التعليل فقال الاول ان كان الاجل أقص فيه الخلاف وقال الثاني الحق ان الخلاف واقع فيما عدى الضمان المؤجل للحال أو الزائد أجله عن أجل الاصل وقضيته ان المساوي أيضا محل خلاف ويقضي أيضا بان ضمان الحال حالا محل خلاف وبكونه محل خلاف صرح المقداد أيضا وهذا يوافق التعليل والنص وقضية كلام المسالك أن التبرع محل خلاف لكن ظاهر ايضاح النافع أو صريحه الاجماع على أن ضمان المؤجل حالا والمؤجل بدون أجله صحيح حيث قال صح قطعا وقد حرر في محله أن هذه الكلمة

فيحل مع السؤال على اشكال (متن)

في كلام الفقيه تجري مجرى الاجماع لكن كلام الشارحين يقضي بعدم الصحة في الضمان تبرعا في هاتين الصورتين كما أشرنا اليه آنفا ولعله لم يفهم ذلك من فخر الاسلام والمحقق الثاني معاصر له (ونظر) بعضهم كالمحقق وفخر الاسلام الى نص عباراتهم قادعيا ماسمعة من الاجماعين ولو هذا لان الاجماعان قلنا بأن التعليل يحكم على النص ويخصه بما عدى المساوي والقاصر فقد تحصل انه يجوز الضمان حالا وموئلا عن حال وموئلا تساوي المؤجلان في الاجل أم تفاوتا بان كان الاجل الثاني أزيد أو أنقص فهذه صورتان وعليها اما أن يكون الضمان تبرعا أو بسؤال المضمون عنه فالصور اثنتا عشرة وكلها جائزة على الاشبه باصول المذهب وعمومات الادلة مضافا الى ماسمعة من الاجماع وما قضى به تتبع العبارات **﴿ قوله ﴾** (فيحل مع السؤال على اشكال) هذا فرع على صحة ضمان المؤجل حالا وانما يكون ذلك مع السؤال لامع التبرع وتحرير المسئلة انا اذا قلنا بجواز ضمان المؤجل حالا أو باجل دون الاجل الاول فلو أذن المضمون عنه للضامن كذلك أو مطلقا فهل يحل عليه فيما اذا ضمن حالا وينقص الاجل فيما اذا كان دون الاجل الاول على تقدير الضمان كذلك أم يبقى عليه الاجل في الصورتين كما كان فلا يرجع عليه الضامن الى حله وان أدى قبله الاصحاب فيسقط (أحدها) عدم الرجوع عليه الا بعد الاجل مطلقا سواء صرح بالاذن حالا أو أطلق وهو خيرة المختلف والمسالك والروضة وظاهر التحرير وجمع البرهان وهو الذي استقر عليه رأيه في التذكرة فانه قطع فيها بعدم الحل مع الاطلاق واستشكل مع تصريحه بالتعجيل ثم استقر عدم الحل (أما الاول) فلان الاذن في الضمان وان كان حالا انما يقتضي حلول مافي ذمة الضامن ولا يدل على حلول مافي ذمة المضمون عنه باحدى الدلالات ولا صلة بقاء الاجل ولانه لا يحل الا باسقاطه أو اشتراطه في عقد لازم وهو مستف وهذا ان لم يصرح مع ذلك بالرجوع عليه حالا فلو صرح بذلك رجع كذلك ومنه يعلم حال ما حقه في جامع المقاصد من انه اذا كان الاذن في قضاء المؤجل في الحال موجبا لثبوت الرجوع كذلك قوي حلول المؤجل بما ذكر لانا قد لاندعي الفرق لان الاذن في القضاء كالتصريح بالرجوع فليأمل (وأما الثاني) فلان الاطلاق انما اقتضى الاذن في الضمان وذلك لا يقتضي حلول الحق على المضمون عنه للاصل ولانه لا يحل عليه الا باسقاطه أو اشتراطه في عقد لازم الى آخر ما تقدم (الثاني) انه يرجع عليه كما أدى في الحالتين أما مع التصريح بالاذن حالا فلان الضمان في حكم الاداء ومتى أذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلا فقضاء استحق مطالبته ولان الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن وأما مع الاطلاق فلتناوله التعجيل فيكون ماذونا ضمنا لانه بعض ما يدل عليه اللفظ وهو ظاهر التفتيح بل صريحه ولم أجدها من الخاصة والعامة قال به غيره لان الناس في صورة الاطلاق بين قاطع بعدم الرجوع ومستشكل فيه كما عرفت وستعرف (الثالث) التفصيل فيرجع عليه حالا مع التصريح لا مع الاطلاق (أما الأول) فلما تقدم في الوجه الثاني (وأما الثاني) فلما تقدم في الوجه الأول وهو ظاهر المفاتيح (الرابع) انه مع التصريح بالسؤال حالا يرجع عليه كذلك وانما مع الاطلاق فمحل اشكال وهو خيرة الايضاح لانه قطع بان اشكال الكتاب انما هو مع الاطلاق لا مع التصريح قال لانه لا يقتضي الحل على المضمون (الخامس) ضده وهو ما في جامع المقاصد

الثاني الضامن وشرطه البلوغ والرشد وجواز التصرف والملائة حين الضمان أو علم المستحق
بالاعسار (متن)

من انه مع الاطلاق قد يقال انه لا اشكال في عدم الحلول وان الاشكال انما هو مع التصريح قلت
على هذا شواهد من كلامهم وفي (المسالك) ان الحق ان الاشكال واقع على التقديرين ﴿ قوله ﴾
﴿ الثاني الضامن وشرطه البلوغ والرشد ﴾ فلا يصح ضمان الصبي والمجنون اجماعا كما في ظاهر الغنية
أو صريحها وصريح المسالك لمكان الحجر عليهما ورفع القلم عنهما ولا فرق في الصبي بين أن يكون
مميزا أم لا اذن له الولي أم لا لان كانت عباراته مسلوقة الاعتبار فلا يؤثر فيها اذن الولي ويصح
الضمان عنهما بلا خلاف الا ما حكاه في المختلف عن الطبرسي من أن من لا يعقل كالصبي والمجنون
والمغنى عليه لا يصح ضمانهم ولا الضمان عنهم والاصل والعمومات ونحو ما دل على صحته عن الميت
حجة عليه ويدخل تحت اشتراط الرشد عدم صحة ضمان المحجور عليه لسفه اذا لم يأذن له الولي وكذا
المغنى عليه والسكران والتائم والمبرسم الذي يهذي ويخلط في كلامه ويبقى الكلام في الساهي والغافل
والهازي وقد تخرج هذه من اشتراط جواز التصرف فليتأمل والاولى ان يأتي لها بعنوان آخر وهو
القصد او ان لا يكون مسلوب العبارة ولعله يدخل فيه الاخرس الذي لا تفهم اشارته ولا يكتب وعد
في (التحرير) من شروط الصحة الاختيار ثم قال فلو ضمن مكرها لم يصح اجماعا ولم اجد احدا عد
العدالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وجواز التصرف ﴾ هذا ايضا من شروط الصحة وهذا يعني عما قبله لدخوله
تحت فلا يصح من السفه بلا خلاف ويأتي في كلام المصنف التعرض لحال ضمان المملوك والمفلس
والمريض والاخرس ﴿ قوله ﴾ ﴿ والملائة حين الضمان أو علم المستحق بالاعسار ﴾ كما في النهاية
والوسيلة والغنية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك
والروضة وجمع البرهان والمفاتيح والرياض (وفيه) انه لم يجد خلافا فيه وفي ظاهر الغنية الاجماع على
ذلك ونسبه في السرائر الى اصحابنا وقال في (الكفاية) قالوا وفي جامع المقاصد ان ظاهرهم
ان هذا الحكم موضع وفاق واراد بالحكم أن المضمون له الفسخ اذا لم يعلم باعسار الضامن وهذا
الاجماع يتناول ما نحن فيه باللازم (قلت) وفي موقعة الحسن ابن الجهم ما قد يظهر منه الدلالة على ذلك
فان فيها (قلت) ما تقول في الصبي لا . ان يحلل قال نعم اذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه (قلت) فان لم يكن
لها قال فلا والشهرة تجبر السند والدلالة والاجماع يعضده على ان الميراث في نفسه حجة مضافا الى
الاصل وان عقد الضمان مبني على الارتفاق وان المتبادر ان المقصود من الضمان استيفاء الحق من
الضامن وبه يشعر ظاهرا اشتراط رضا المضمون له في بعض النصوص وانما يكون ذلك اذا امكن
الاداء يساره فلا ينصرف اطلاق النصوص الى غير الممي وغير العالم باعساره مع ما في عدم اعتباره من
لزوم الضرر وبه يجاب عن عموم الامر بالوفاء بالعقود لو تمسك به نعم هذا العموم سالم عن المعارض
اذا علم باعساره لاندفاع الضرر بالاقدام عليه وفي خبر عيسى ابن عبد الله دلالة على ذلك قال احتضر
عبد الله ابن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه وطالبوه بدين لم فقال لهم لا مال عندي فاعطيكم ولكن
ارضوا بمن شئتم من ابني عمي علي ابن الحسين عليه السلام أو عبد الله ابن جعفر فقال الغرما عبد الله
ابن جعفر ملي مطول وعلي ابن الحسين عليه السلام رجل لا مال له صدوق وهو احبهما اليك فارسل اليه

ولا يشترط استمرار الملائة أما لو لم يعلم كان له الفسخ (متن)

فأخبره الخبر فقال أضمن لكم المال الى غلة ولم تكن له غلة فجملاً فقال القوم قدر ضينا وضمنه فلما اتت الغلة اتاح له المال فأداه وقد يقال ان مجرد الملائة مع حصول المثل كما تضمنه هذا الخبر لا قيد فائدة في ترتب الاتم عليها فلو جعل الشرط هنا رضى المضمون له بالضامن وقبوله له مليا كان أو غير ملي لكان أظهر قد بر فيتقدح من ذلك ان اشتراطهم رضا المضمون له كما هو المشهور كما يأتي بالضمان والضامن كاف عن هذا الشرط والمراد بالملائة هنا ان يكون مال كالملا يؤدي به الدين فاضلا عن المستثنيات وهذا الشرط شرط في اللزوم لا في الصحة كما ستعرف ثم عد الى عبارة الكتاب قوله حين الضمان اما قيد في الجميع أو في الاخيرين أعني جواز التصرف والملائة أو في الاخير كما في التحرير والكل متجه وخصه في (جامع المقاصد) بالاخير قال لا يخفى ان الشروط السابقة انما تشترط حين الضمان وانما خص هذه يعني الملائة بالتقيد لينبه على ان طرو الاعسار لا يثبت الفسخ وانما كان هذا موضع توم ثبوت الفسخ دون غيره لان الضمان في معنى اداء الدين والمقصود الاصيل منه الارتفاق بنقل الدين الى ذمة الضامن وانما يكون كذلك اذا كان الاداء منه ايسر فلا جرم اذا قات هذا المقصود الذي انما بني الضمان عليه تخير المضمون له لفوات المقصود منه كما يخبر المشتري اذا ظهر في البيع عيب أو غبن حيث كان المقصود هو الصحة والاخذ بالقيمة أو اودون اذ البيع مبني على الماكسة وهذا بخلاف ما اذا باع مؤجلا فظهر الاعسار اذ ليس مقصود البيع الاصيل بالنسبة الى اداء الثمن كما في الضمان أنهى وهو جيد جدا وتشهد له عبارة التحرير حيث ذكر اشتراط الملائة وحده وقيدته بوقت الضمان غير ان توم ثبوت الفسخ بطرو الاعسار يدفعه التصريح به بعده بلا فاصلة حيث قال ولا يشترط استمرار الملائة فلو تجدد لم يكن له فسخ ثم انه بناء على ما قال كان الواجب ان يقول فلا يشترط استمرار الملائة بالفاء دون الواو ثم ان هذا التنبية جار في جواز التصرف فله ان اراد ان ينبه ان طرو الاعسار وطرو الفسخ لا يثبتان الفسخ اذ التعليل الذي ذكره جار فيها فتأمل وقد يكون القيد تصريحاً بالمراد والواقع وتوضيحاً لمكان جريانه في الجميع وهي فيه على وتيرة واحدة وأورد على الشافعي حيث قال بصحة ضمان السكران أو على احمد حيث قال بجواز ضمان الصبي المميز وهو كاف في ذلك على انه قد خلت عن هذا القيد عبارات الاصحاب جميعها ما عدا عبارة التحرير والروضة فلو كان يجدي نفعا غير التوضيح والتصريح أو الرد على الشافعي وأحمد لذكره المحققون المدققون كالمحقق والشهد وغيرها والغرض يان الحال في هذا القيد والا فالامر سهل ﴿قوله﴾ ولا يشترط استمرار الملائة ﴿فلو تجدد اعساره لم يكن له فسخ الضمان طفحت به عباراتهم منطوقاً ومفهوماً لتحقق الشرط حين الضمان والاصل بقاء الصحة فلا يقدر تخلفه بعد ذلك كغيره من الشروط وكما لا يقدر تجدد اعساره المانع من الاستيفاء كذلك لا يقدر تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان ﴿قوله﴾ (أما لو لم يعلم كان له الفسخ) كما في النهاية والوسيلة والسرائر وما تأخر عنها ولذا قال في (جامع المقاصد) ظاهرهم ان هذا الحكم موضع وفاق ونسبه في السرائر الى اصحابنا مؤذنا بدعوى الاجماع أيضاً وقضية ذكره في النهاية ان يكون به خبرا وخبار معتددة والا فما كان ابن ادريس ليحكم بذلك مع ان قضية الاصل ان يكون فاسداً لفقد الشرط

ويصح ضمان الزوجة وفي صحة ضمان المملوك بدون إذن السيد اشكال من أنه إثبات مال في الذمة بقصد فاشبه النكاح وانتفاء الضرر على مولاه (متن)

وليس من قبيل ما اذا باع مؤجلا فبان الأعسار كما حكينا آنفا عن جامع المقاصد فالحظه فلم ار من حرره قبله وهل هو على الفور او التراخي وجهان اجودهما الثاني كما عليه الشهيد الثاني وشيخنا صاحب الرياض وفي (التحرير) في الفورية اشكال واحتمل في (جمع البرهان) الفورية خصوصا مع العلم بالمسئلة **قوله** **﴿ ويصح ضمان الزوجة ﴾** ولا يحتاج الى اذن الزوج كما في سائر تصرفاتها وبه قال اكثر اهل العلم من العامة والخاصة وقال مالك لا بد من اذن الزوج كما في التذكرة وقال في (المبسوط) يصح ضمان المرأة كما يصح ضمان الرجل بلا خلاف فاطلق ولم يفصل ولعل مستند مالك في ذلك ما قيل من أنه قد يفضي الى تعطيل بعض حقوقه بفحوا استحقاق الحبس (واجيب) بان هذا ليس من لوازمه وان كان قد يترتب عليه بطل ونحوه ولو كان هذا مانعا لمنعت من جميع المعارضات لطرق المحذور اليها واما ضمان الحالية من بطل فلا نعلم فيه خلافا كما في التذكرة **قوله** **﴿ وفي صحة ضمان المملوك بدون اذن السيد اشكال من أنه إثبات مال في الذمة بقصد فاشبه النكاح ﴾** هذا هو الوجه الاول من الاشكال ومعناه ان العبد ممنوع من النكاح لانه يتضمن اثبات مال في ذمته وهذه العلة قائمة في الضمان وهذا احد وجهي الشافعية (وفيه) مع كونه قياسا باطلا منع كون المانع من النكاح هو اثبات المال في الذمة بل المانع قبح التصرف في مال الغير بنير اذنه مع أنه ينقض (مفهومه) بفحوا البضع فان المنع من العقد ثابت مع انتفاء المال وبما اذا بذله اجنبي فالمانع هو ما اشرنا اليه من كونه لا يقدر على شيء وتخصيصه بالمال كما في (المختلف) لا دليل عليه مضافا الى استشهادهم صلوات الله عليهم بالآية في منعه في نحو الطلاق الذي ليس بمال في كثير من النصوص وان ذمته بمملوكة للمولى فلا يملك اثبات شيء فيها بدون اذنه وما ثبت قهرا من عوض اتلاف وجناية أو غصب لا يقدح لان ذلك مبني على القهر بالنسبة الى كل جان لوقوعه بنير اذن مستحقة وليس ذلك بالالتزام ومن ثم لزم ذلك الصبي والمجنون مع عدم صحة ضمانهما اجماعا فالاصح عدم الصحة كما في المبسوط والشرائع والارشاد والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والروضة والمسالك وغيرها **قوله** **﴿ وانتفاء الضرر على مولاه ﴾** هذا هو الوجه الثاني من الاشكال وهو وجه الصحة وهي خيرة التذكرة والمختلف وبيانه ان المانع هو تضرر المولى بتعطله عن خدمته وهو متف لان استحقاق المطالبة بما يستقر في ذمته بعد المتق لا ضرر فيه عليه كما لو استدان بنير اذن سيده مضافا الى الاصل وعمومات الضمان وعموم أوفوا بالمعقود وقد عرفت ان المانع ليس هو التضرر وانما هو عدم قدرته على شيء والاصل لا اصل له بعد قطع النظر عن العموم بل مقتضاه الفساد ولا لعمومات الضمان بعد فقد اللفظ الدال عليها في اللغة والعرف وما روي أن الزعيم غارم فقامي على أنه يخرج بالاخير والاطلاق ينصرف الى الغالب المتبادر وليس منه ما نحن فيه وعموم أوفوا بالمعقود لا يتناول ما نهى عنها لعدم استكمال أركانها حتى يتحقق وجود المعقود أو مخصوص بها أو تقول انه مخصوص بالحاضرين وجريانه فيمن عداهم بالاجماع المعقود في محل الفرض لمكان النزاع بل ذهاب الاكثر الى عدم الصحة بل قد تقول أن ذهاب المشهور الى

فان جوزناه تبع به بعد العتق قطعا ولو أذن له احتمال تعلقه بكسبه وبذمته ويتبع به بعد العتق أما لو شرطه في الضمان (متن)

عدم الصحة قرينة على أنه لا يسمى عقدا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان جوزناه تبع به بعد العتق قطعا ﴾ كما في جامع المقاصد لان كسبه مملوك للمولى ولا يملك التصرف في مال مولاه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أذن له احتمال تعلقه بكسبه وبذمته ويتبع به بعد العتق ﴾ اذا ضمن باذن سيده صح ضمانه قولاً واحداً كما في التذكرة وبلا خلاف كما في المبسوط واجماعاً قاله في المبسوط كما في المختلف فاذا أذن له وأطلق ولم يشترط له الاداء من الكسب ولا الصبر الى أن يعتق فهل يتعلق بكسبه أو ذمته أقوال (أحدها) انه يتعلق بكسبه وهذا لم أجده قائلًا منا وإنما حكى في المبسوط والمسالك وجعله في جامع المقاصد احتمالاً وقال في (التذكرة) انه أحد قولي الشافعية وانه لا يظهر عندهم ووجهه أن اطلاق الضمان انما يحمل على الضمان الذي يستعقب الاداء فانه المهود والاداء من غير مال السيد ممتنع وكذا من ماله غير الكسب والا لكان هو الضامن لا العبد وهو خلاف التقدير فيكون في كسبه قال في (جامع المقاصد) هذا التوجيه ان تم اقتضى عدم القصر على الكسب بل وجوب الاداء على السيد وهو قريب من قول ابن الجنييد ولا يخلو من قرب ونحو ذلك ما في المسالك وقال لهله أقوى وفي (الروضة) انه متجه قلت فهو قول آخر وقال في (المختلف) هذا البحث ينشأ عن البحث في استدانة العبد باذن مولاه فان قلنا انه لازم للمولى فكذا هنا وان قلنا انه لازم لذمة العبد فكذا هنا وكان أبا علي نظر الى ذلك فان الضمان نوع من الاستدانة في الحقيقة ثم رجح انه يتعلق بذمة العبد لانه ذهب اليه هناك (وانت خير) بان محل النزاع هناك انما هو فيما أذن له في الاستدانة لمصالح نفسه أي العبد ثم اعتمه والمشهور المعروف هناك الزام المولى والمخالف جماعة قليلون منهم المصنف في المختلف ظاهراً وقلنا هناك ان لزومه للعبد بخلاف للقواعد الشرعية فان العبد المأذون وكيل أو كالوكيل على اختلاف الرأيين فاستدائته وضمانه باذنه للمولى (له وعليه خ ل) وعلى المولى (الثاني) انه يتعلق بذمته فيتبع به بعد العتق وهو خيرة الشرائع والتذكرة والارشاد والمختلف واللمعة لان اطلاق الضمان اعم من كل منهما والعام لا يدل على الخاص ولم يقع من المولى ما يدل على التزامه في ملكه وكسبه ملكه ولان الاذن في الكلي ليس اذناً في الجزئي المعين وان كان لا يوجد الا في ضمنه هكذا ذكروا في توجيهه وهو لا يدل الا على عدم تعلقه بمال المولى الا أن تقول انه يدل على تعلقه بذمة العبد باللازم لان المفروض أن الضمان صحيح وقد يوجه أيضاً بانه بالاذن زال عنه الحجب بالنسبة الى الضمان فيصير كسائر الضمان لقيام السبب به وان كان رفع المانع من المولى ولم يرجح في المبسوط والايضاح (الثالث) ما حكاه في المختلف عن أبي علي من أنه اذا أذن له السيد في الضمان أدى المال فان كان معدماً بيع العبد وأدى ثمنه في كفالته عن المعسر وان أعتق وأعسر الضمون عنه كان على السيد ما يجب بحق الكفالة ولعله يعود الى ما استوجهه الشهيد الثاني وقد سمعت ما في جامع المقاصد من أنه غيره وقريب منه الا أن قول أن الفارق نصه على بيع العبد مطلقاً مع أنه لا يباع في الدين (الرابع) ما في التحرير من أنه يتعلق برقبته كما في نسختين منه ولعله أراد ذمته وهو على ظاهره قول بعض الشافعية وانه يباع في الضمان حكاه في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو شرطه في الضمان

بإذن السيد صح كما لو شرط الاداء من ماله بعينه والسفيه بعد الحجر كالمملوك وقبله كالحرة (متن)

بإذن السيد صح كما لو شرط الاداء من مال بعينه كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير ومعناه انه لو قال السيد لعبد اضمنه واقضه مما تكتسبه صح الضمان وتعلق المال بكسبه ووجهه ان كسبه مال مخصوص من اموال السيد فيكون بمنزلة ما لو ضمن في مال بعينه فان وفي كسبه بمال الضمان فقد تم المضمون له حقه والاضاع عليه ما قصر ويحتمل ان يكون المراد انه شرط الضمان في كسبه اودمته كما صرح به في المبسوط وبالأول صرح في التحرير والمسالك واقتصر فيهما عليه وفي (اللمعة) الا ان يشترط كونه من مال المولى فيلزم وحينئذ فيدخل فيه ما اذا شرط كونه من كسبه لانه من جملة مال المولى وكيف كان يرد على الاول انه لو اعتق العبد قبل تجديد شيء من الكسب ففي المسالك ان الظاهر من كلامهم انه يبقى التعلق ولا يطل الضمان لقوات المحل المعين لاداء المال وعليه بشكل صحة اشتراطه في كسبه حال عبوديته لان السيد لاحق له فيه فلا مدخل لادنه فيه لان مال العبد بعد العتق ليس من جملة اموال السيد بل ولا يسمى كسبا فلا يكون كما لو شرط الاداء من مال بعينه والعبد لم يكن حين الضمان يقدر على شيء بل هو بالاذن يصير كالوكيل واشتراطه في الكسب بمنزلة التعيين من الموكل في مال مخصوص وقد فات فلا يتبع به وان أطلق عليه الكسب بالمعنى الاعم وعساك تقول ان عقد الضمان على كسبه بإذن المولى كعقد الاجارة على منفعة كذلك فلو باعه حينئذ أو أعتقه بقيت منافعه مملوكة للمستأجر (قلت) الضمان كالأستدانة وقد أطبقوا كما صرح انه لو استدان لمصالح نفسه باذنه ثم باعه لزم الدين المولى وكذا لو أعتقه على المشهور المعروف بينهم والمخالف نادر فكان فرق واضح بين الضمان والاجارة وان دق قالوا رد ما في المسالك مما استظهره من كلامهم من بقاء التعلق وهذا كلامهم بين أيدينا والسير بيننا وبينه وإنما نسب ذلك الى القيل الذي لا يعلم قائله بل قولهم كما لو شرط الاداء من مال بعينه يقضي بخلاف ما قال كما منسوخ وعلى الثاني ان ذمة العبد مملوكة للسيد فكيف ثبت فيه مال باختيار العبد والسيد ولا يكون المال على السيد مع كون العبد لا يقدر على شيء ولا ينتقض بعوض الاتلاف لانه مال قهري فليس هو أيضا كما لو شرط الاداء من مال بعينه الا أن يقول انه بالاذن صار كسائر الضمان كما أشرنا اليه آفا ويتفرع على الاول لو مات العبد قبل امكان الاداء فهل يلزم المولى الاداء لما بقي يحتمل اللزوم لان اذنه له في الضمان في كسبه كاذنه له في الضمان في مال معين فاذا تلف المال يعود الضمان الى ذمة صاحب المال أعني الضامن على الخلاف الآتي في المطلب الثاني والاقوى ذلك أعني العود على الضامن وانه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الارش بالجاني وان قلنا بعدم عوده اليه فلا اشكال ويحتمل ضعيفا عدم لزومه للمولى وان قلنا به ثمة لان الكسب ليس كمحض مال السيد بل حق له ولهذا قيل انه لو أعتق بقي متعلقا بكسب المعتق فدل على انه لم يتعلق بالمولى محضا وقد عرفت الحال في ذلك قوله  والسفيه بعد الحجر كالمملوك وقبله كالحرة الذي جزم به في التذكرة والتحرير انه لا يصح ضمان المحجور عليه لسفه لانه ممنوع من التصرفات المالية بل نفى بعضهم الخلاف فيه وقضية قوله هنا انه بعد الحجر كالمملوك انه يمكن القول بالصحة وينبع به بعد ذلك الحجر وهو قول لبعض العامة وانه يمكن القول بالبطلان والصحيح انه لا وجه للصحة لان الضمان اما اقراض له فيه الرجوع أو تبرع وكلاهما يمنع منها كما يمنع من

وكذا المفلس كالحركته لا يشارك ولا يصح من الصبي وإن أذن له المولى فإن اختلفا
قدم قول الضامن لإصالة براءة الذمة وعدم البلوغ وليس لمدعي الأهلية أصل يستند إليه
ولا ظاهر يرجع إليه (متن)

القرض والمبة والبيع وسائر التصرفات المالية نعم لو أذن له الولي في الضمان فهو كما لو أذن له في البيع
وقضية كلامهم في المقام أن الحجر لا يثبت عليه إلا بحكم الحاكم وقد تقدم أنه المشهور وأنه لم يعرف
الخلاف فيه إلا من الشهيد في القصة **قوله** ﴿ وكذا المفلس كالحركته لا يشارك ﴾ أي
لا يشارك المضمون له الغرماء فاسم لکن وضمير يشارك بالبناء للفاعل راجعان إلى المضمون له الذي
دل عليه المقام فكأنه قال المفلس كالحركه يصح ضمانه إذا رضي المضمون له لكنه لا يشارك الغرماء كما
يأتي له في قوله فإن اختلفا نعم قوله كذا مستدرك لا يكاد يتجه له وجه والحكم بما لا ريب فيه إذا الحجر
عليه إنما هو في ماله لا في ذمته **قوله** ﴿ ولا يصح من الصبي وإن أذن له المولى ﴾ قد تقدم
الكلام فيه **قوله** ﴿ فإن اختلفا قدم قول الضامن لإصالة براءة الذمة وعدم البلوغ وليس
لمدعي الأهلية أصل يستند إليه ولا ظاهر يرجع إليه ﴾ أي فإن اختلف الضامن والمضمون له في وقوع الضمان
من الضامن حال الصبي أو حال الكمال قدم قول الضامن في أنه كان صبياً وقت الضمان لأن الأصل
براءة الذمة وكذا الأصل عدم البلوغ وليس لمدعي أهلية الضمان حين وقوعه وهو المضمون له أصل
يستند إليه ولا ظاهر يرجع إليه يكون معارضا للأصلين كما نبه على ذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد
ونحوه ما في المبسوط والتحرير وحكى الشهيد عن القطب أنه قال للمصنف إن منه أصل صحة العقد
فقال يعارضه أصالة الصبي فيبقى أصالة البراءة سليماً عن المعارض فكأنه لا أصل انتهى فليأمل فيه وقد
في (جامع المقاصد) فإن قيل للمضمون أصالة الصحة في العقود وظاهر حال البالغ أنه لا يتصرف إطلاقاً قلنا
الأصل في العقود الصحة بعد استكمال أركانها لينتقل وجود العقد أما قبله فلا وجود للعقد فلو اختلفا
في كون العقود عليه هو الحر أم العبد حلف منكر وقوع العقد على العبد وكذا الظاهر إنما يثبت
مع الاستكمال المذكور لا مطلقاً انتهى وهو جيد جداً وفيه دقة لكن ينبغي فيما إذا اختلفا في كون
المعقود عليه الحر أن يقيد فيما إذا كان باعه بظنه أنه العبد أو نحو ذلك والأفعلى إطلاقه لا يتجه والحاصل
أنه يقدم مدعي الفساد في أركان العقد حيث يكون أصل يستند إليه أو ظاهر يعول عليه وقد صرح
بذلك في باب الإجارة وغيرها لكنه في باب البيع فيما لو قال بعتك وأنا صبي قال إن احتمال تقديم
قول البائع يعني مدعي الصبا في غاية الضعف لأن أصالة البقاء مندفعة بالاقرار بالبيع المحمول على
البيع الصحيح شرعاً فإن صحته تقتضي عدم بقاء الصبوة فلا يعد معارضا كما لا يثبت احتمال الفساد
معارضا لإصالة الصحة في مطلق الاقرار بوقوع عقد البيع ثم قال (فإن قلت) أصلاً قد تعارضنا
للقطع بثبوت وصف الصبوة سابقاً (قلت) قد انقطع بالاعتراف بصدور البيع المحمول على الصحيح
إلى آخر ما قال وقد أظن في ترجيح ذلك وأطال ومثل ذلك قال في باب الرهن فيما إذا قال
الراهن أذنت لي في البيع فبعت قبل رجوعك عن الأذن وقال المرتهن إنما بعت بعد الرجوع
وقد بينا الحال في ذلك هناك وتضمناء عليه في المقامين (هذا) ولو انعكس الأمر كأن قال المضمون
له ضمنت وأنت صبي وادعى الضامن البلوغ قدم قول مدعي الصحة وهذا كله إذا لم يحصل العلم

بخلاف مالو ادعى شرطا فاسدا لان الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلا وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون اما غيره فلا والمكاتب كالعبد والمرضى يمضي من الثالث (الثالث) المضمون عنه وهو الاصيل ولا يعتبر رضاه في صحة الضمان (متن)

بصدق أحدهما كما اذا عينا للضمان وقتا يعلم الحال فيه ولو حصل الاختلاف في وقوع العقد يوم الجمعة وكانت فيه كاملا وفي يوم الخميس قبله وكان باتفاقهما فيه صيبا فالعقد حادث والاصل تأخره عن يوم الخميس فيقضى بوقوعه يوم الجمعة ودخول يوم الجمعة حادث والاصل تأخره عن العقد فيقضى بوقوعه يوم الخميس فتقاطعا واصل البراءة يعضد الاصل الثاني وأصل صحة العقد وظاهر حال المسلم البالغ بعضدان الاول لكنه يجري فيها ما تقدم فأمل **قوله** **﴿ بخلاف مالو ادعى شرطا فاسدا لان الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلا ﴾** لان الاصل في العقد الصحة مع اعتضاده بالظاهر **قوله** **﴿ وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون أما غيره فلا ﴾** كما في التذكرة والتحرير ومعناه انه لو ادعى من يتوره الجنون انه ضمن حال جنونه وادعى المضمون له أن ضمانه في حال افاقته فان القول قول الضامن لما تقدم أما لو لم يعلم منه جنون سابق فادعى انه حال الضمان كان مجنونا فانه لا تسمع دعواه وله اخلاف المضمون له ان ادعى علمه بالجنون وكذلك لو ادعى انه كان ساهيا أو غافلا أو مكرها الا أن تعلم له هذه الحالات في الغالب أو كثير من حالاته وهذه وان رجعت بالآخرة الى شرائط الاركان لكنها لا يمتد بها ما لم تعرف من حاله في كثير من أحواله فما لم تعرف من حاله يكون حالها حال الشروط الخارجة وفي (المبسوط) أنه اذا لم يعرف له حال جنون وادعى انه كان مجنونا ان القول قوله لان الاصل براءة الذمة والمصنف في باب الخلع قال ولو ادعت وقوعه حال جنونه وادعى وقوعه حال افاقته وبالعكس فالأقرب تقديم قول مدعي الصحة (وفيه) أن الاصل عدم الوقوع وبقاء النكاح والبراءة من العوض مضافا الى ما مر **قوله** **﴿ والمكاتب كالعبد ﴾** كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وتحرير المقام ان يقال المكاتب المشروط وأم الولد والمدير كالقن في الضمان لا يصح ضمانه الا باذن سيده لأنهم محجور عليهم في تصرفاتهم أو يقال انه يصح ويتبع به بعد العتق على الخلاف الذي سبق ولو ضمن باذن سيده صح لان الحق للمكاتب أو للسيد لا يعدوها وقد اتفقا على الضمان ويكون في ذمته أو في كسبه (وقال) في التذكرة الوجه عندي الصحة ان استغيب ضمانه الرجوع كما لو أذن له المضمون عنه في الضمان وكان الضمان مصلحة لا مفسدة كما لو كان المضمون عنه معسرا فانه لا يصح وأما المكاتب المطلق فليس للسيد منعه من الضمان مطلقا كيف شاء لاقطاع تصرفات المولى عنه ولو كان يرضه حرا وبضه رقا ولا مهايات بينه وبين السيد لم يكن له الضمان الا باذنه وكذا لو كان بينهما مهايأة وضمن في أيام السيد ولو ضمن في أيام نفسه فالأقرب الجواز كما في التذكرة **قوله** **﴿ والمرضى يمضي من الثالث ﴾** اذا كان مرض الموت عند قوم ومن الاصل عند آخرين كما تقدم بيانه مسبقا **قوله** **﴿ الثالث المضمون عنه وهو الاصيل ولا يعتبر رضاه في صحة الضمان ﴾** اجماعا كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح وفي (الرياض) بلا خلاف أجده حتى من القائلين بعدم الصحة مع الإنكار فان قولهم بذلك غير مبني على اعتبار رضاه ابتداء بل على جهابهم الإنكار مانعا انتهى وهو كلام غير متقح ولا محرر كما ستعرف ويدل عليه بعد الاجماع العمومات وظواهر

فيصح ضمان المتبرع ولو أنكر بعد الضمان على رأي (متن)

الآيات المستبصرة التي اكتفى فيه في شرائط الصحة والحكم بالزوم بمجرد رضا الشروط له اعني المضمون له كما استسمعا في الكلام على رضاه والنبوي الدال على ضمان أمير المؤمنين عليه السلام ما في ذمة الميت ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم مضافا الى الاجماع المحكي في التذكرة وغيرها على صحة الضمان عن الميت ومن المعلوم انه لا يتصور رضاه وما ذكره المصنف بقوله لانه كالاداء اذ المراد أن الضمان كأداء الدين ولما لم يعتبر رضا المدين لم يعتبر في الضمان رضاه أيضا ﴿قوله﴾ ﴿فيصح ضمان المتبرع ولو أنكر بعد الضمان على رأي﴾ موافق للسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والمختلف والايضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها وهو الذي حكاه المصنف عن والده وقد نسب الخلاف الى الشيخين في المقنعة والنهاية والقاضي وابن حمزة قال في (النهاية) ومتى تبرع الضامن من غير مسئلة المضمون عنه ذلك وقبل المضمون له قد برأ المضمون عنه الا أن ينكر ذلك ويأباه فيظل ضمان المتبرع فيكون الحق على أصله لم ينتقل عنه بالضمان انتهى فظاهر المحقق في الشرائع والمصنف في الكتاب والتذكرة أنهما فهما من هؤلاء الجماعة أن مجرد الانكار مانع عندهم وبه فسر في المسالك عبارة الشرائع قال أي أنكر المضمون عنه الضمان فانه لا أثر لانكاره فانه اذا لم يعتبر رضاه ابتداء لا عبرة بانكاره بعده وهو الذي فهمه شيخنا صاحب الرياض فقال ما سمعته آقا والذي فهمه ابن ادریس وكاشف الرموز والمصنف في التحرير والمختلف وأبو العباس والمقداد والقطيبي وغير الاسلام في بعض تحقیقاته والمحقق الثاني أن المراد بالانكار في كلام الجماعة عدم الرضا بالضمان وقد يكون المحقق والمصنف في الكتابين فهما ذلك لمكان التفریع وهو الذي أفصحت به عبارة الوسيلة حيث عبر بالاباء ولم يعبر بالانكار واليه أشار في النهاية بقوله ويأباه وعلى هذا فالمسئلة أعني مسئلة عدم اعتبار الرضا خلا فيه كما في كشف الرموز والتنقيح فلا معنى لنفي الخلاف فيها وأما دعوى الاجماع فممكنه مع وجود الخلاف لان المدار على القطع ووجه فهم الخلاف من كلام الشيخين انها جملا عدم الرضا مانعا فيكون وجوده شرطا كعدم الطهارة بالنسبة الى الصلوة فالمشكوك فيه يلحق بعدم كما حرر في محله فيصير حاصل عبارة النهاية قد برأ المضمون عنه اذا رضي والا لم يبرأ سواء علم علم رضاه أم لم يعلم وكيف كان قد رموه على التقديرين بالضعف لعدم مقتضي البطلان والحق أن الشيخين ومن وافقهما قد استندوا الى رواية أشار اليها في السرائر قال في (السرائر) فاما رضى المضمون عنه فليس من شرط صحة انعقاده بل من شرط استقراره ولزومه لان المضمون عنه اذا لم يرض بالضمان لم يصح على ما رواه وأورده بعض أصحابنا والصحيح انه يستقر ويلزم لان الضمان نقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن بلا خلاف بينهم الى آخر ما قال وعلى هذا يكون الخلاف في الزوم لافي الصحة فيكون كالفضولي وسهل الخطب في دعوى الاجماع ونفي الخلاف في الجملة وهو خلاف الظاهر ولا يكون كلام قدمائنا بتلك المكانة من الضعف ولا معنى لقوله في المسالك انه ضعيف جدا بل يكون قويا جدا لمكان الرواية المرسله المعمول بها عند هؤلاء الاجلاء وانما ردها ابن ادریس على أصله ومخالفة المحقق والمصنف وأتباعهم لهم غير قاذحة لانهم لم يحرروا كلامهم ولم يقفوا على دليلهم ومرادهم الا أن نحمل عبارة الكتاب والشرائع على ما احتملناه فيها آقا وذلك كأنه بعيد عن عبارة التذكرة لانه ذكره

ويصح الضمان عن الميت وان كان مفلسا ولا يشترط معرفة المضمون عنه نعم لا بد من امتياز من غيره عند الضامن بما يمكن القصد منه الى الضمان عنه (متن)

في تذييل على حده من دون تفريع وان جريت به على ذلك انحصر عدم الفهم في المسالك والرياض لانها لا يجري فيها هذا التأويل وليس هذا منا موافقة لهم وانما هو بيان الحال وان كلامهم ليس بتلك المكانة من الضعف والاختلال **قوله** ﴿ ويصح الضمان عن الميت وان كان مفلسا ﴾ عند علمائنا أجمع كما في التذكرة وبه طفت عبارات أصحابنا كالخلاف والبسوط والغنية وغيرها بما تأخر عنها وبه قال الشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمد والمخالف أبو حنيفة وسفيان كما في الخلاف قال لا يصح الضمان عن الميت اذا لم يخلف وقاء لان الموت مع عدم المطالبة يسقط الوفاء بالحق وبطلانه ظاهر اذا لا يسقط بذلك ما في الذمة ثم ان الاخبار من طرق الخاصة والعامة تخالف ما قالوا وتقسيمها انشاء الله تعالى **قوله** ﴿ ولا يشترط معرفة المضمون عنه نعم لا بد من امتياز من غيره عند الضامن بما يمكن القصد منه الى الضمان عنه ﴾ أما عدم اشتراط معرفته بالوصف والنسب فهو خيرة الخلاف والغنية والشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وفي (التذكرة) لا يشترط معرفة المضمون عنه فلو ضمن الضامن عن لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا لكن هؤلاء اختلفوا في الشرائع والتحرير والمختلف واللمعة كالكتاب انه لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن القصد منه الى الضمان عنه وفي (التذكرة) ان الاقرب انه لا يشترط ذلك وهو خيرة الروضة والمسالك والمفاتيح والكفاية وظاهر اطلاق الباقيين وكأنه مال اليه في جامع المقاصد لكنه حكى عن التذكرة ما يفهم منه التناقض بين كلاميهما لانه حكى عنها أولا أنه لا يشترط معرفته بما يميزه ثم حكى عنها أنه قال نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن معه القصد الى الضمان عنه وسكت مع أن الموجود في التذكرة بعد ذلك التقييد بما لو لم يقصد الضمان عن أي من كان وبه يرتفع التناهي وما حكى في المسالك والكفاية عن المختلف من انه اشترط فيه العلم بالمضمون عنه لعله لم يصادف محله وكأنهما انما لحظا أول كلامه وقد قال في آخر كلامه انه لا يشترط علمه بنسبه وحاله فانه يعني الميت الذي صلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم بعد ضمان أمير المؤمنين عليه السلام معين بشخصه وحضوره عنده وهو معنى ما في الكتاب والاصل عدم معرفته بنسبه وحاله فتأمل والمخالف الشيخ في المبسوط والمفداد في التقيح حيث ذهبا الى ان من شرطه معرفته أي المضمون عنه وقال في (المبسوط) انه الاظهر ووجهه بانه لينظر هل يستحق ذلك عليه أم لا ووجهه هل هو بما يستحق عليه المال أو ليس مما يستحق عليه شيء وهذا قد يكون المراد به معرفته بنسبه وحاله وقد لا يكون مخالفا فيرجع بالآخرة الى ما في الكتاب وقد استدلل عليه في التقيح بوجه الشافعي غير صحيح وهو انه احسان ولا بد من معرفة محله والالجاز وضعه في غير اهله فلا يستفيد الا بمجدة اللثام (وكيف كان) فحجة المشهور على عدم اشتراط المعرفة بالوصف والنسب عموم قوله جل شأنه أوفوا بالعقود المتأيد بالاصل وباطلاقات اخبار الباب وما رواه أبو سعيد الخدري في ضمان أمير المؤمنين عليه السلام الدرهمين عن الميت الذي امتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلوة عليه وما رواه جابر في ضمان أبي قتاده الديثارين عن الميت كذلك وهما يدلان على الضمان مع عدم العلم بالمضمون عنه وله حيث لم يستل صلى الله عليه وسلم

(الرابع) المضمون له وهو مستحق الدين ولا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه (متن)

أمير المؤمنين ولا أبا قتادة عن الميت ولا صاحب الدين (قلت) وقد يكون ذلك لعلهما بهما لكن الأصل ينفيه وبأن الضمان وفاء دين عنه وهو جائز عن كل مدين وبأنه لا يشترط رضاه فلا يشترط معرفته (واحتج القائلون) منهم باشتراط امتياز المضمون عنه ليصح معه القصد إلى الضمان عنه بأن الضمان يتوقف على العقد وهو متعلق بالمضمون عنه والحق فلا بد من تمييزه بوجه نزول عنه الجهالة ويمكن القصد إليه (واورد) عليه بأنه يشكل بمنع توقف القصد على ذلك فإن المعتبر القصد إلى الضمان وهو التزام المال الذي ذكره المضمون له عنه وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين فلو قال شخص أبي استحق في ذمة آخر مائة درهم مثلاً قال آخر ضمنها لك كان قاصداً إلى عقد الضمان عن كان عليه الدين مطلقاً ولا دليل على اعتبار العلم بخصوصيته (قلت) قد يكونون أرادوا ما في المبسوط من أنه هل هو ممن يستحق عليه حتى يتوجه القصد إليه فتأمل وربما قيل أن المستفاد من اخبار الباب اعتبار معرفة المضمون عنه ولو بوجه ما والحكم بالصحة فيما ذكره كأنه يتوقف على الدليل ويشك في تناول السموات له فليتأمل ﴿قوله﴾ (الرابع) المضمون له وهو مستحق الدين ولا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه ﴿أما عدم اشتراط معرفته والعلم به فهو خيرة الخلاف والفنية والشرائع والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض وفي (جامع المقاصد) نسبته إلى الأكثر لما مر في الحجة على عدم اشتراط معرفة المضمون عنه ولأن الواجب أداء الحق فلا حاجة إلى ما سوى ذلك ودعوى حصول الضرر لتفاوت الناس في القضاء والاقتضاء شدة وسهولة واختلاف الأغراض في ذلك فلا بد من المعرفة لأن الضمان مع اهمالها غرر وضرر من دون ضرورة كما ترى لانه هو الذي ادخله على نفسه مع ان الاستناد إلى الضرر يوجب اشتراط المعرفة بسهولة القضاء من المضمون له وحسن المعاملة وهو منفي بالاجماع كما في المختلف والمختلف الشيخ في المبسوط والمقدمات في التقيح قالوا باشتراط علم الضامن به وقد نفى عنه البأس في التذكرة لحصول المعاملة بين الضامن وبينه فافتر إلى معرفته بالحاجة (قلت) ان اعتبرنا قبوله لفظاً كما عليه الأكثر وأن لم يصرحوا به لمكان نصريهم بأنه عقد لازم اقتضى ذلك تمييزه كما هو صريح اللغة وجامع المقاصد والمسالك (وقد يقال) يمكن القول بعدم اعتبار تمييزه كما هو ظاهر اطلاق الأكثر حيث اعتبروا رضاه ولم يذكروا فيه قبولاً مخصوصاً ولا امتيازاً هنا مع اعتبار امتياز المضمون عنه وان قلنا باشتراط قبوله لا مكان أن يضمن الضامن المال الذي في ذمة المضمون عنه لمن كان له الحق والحال ان المستحق حاضر فيقبل ولا يعلم به الضامن فاعتبار قبوله إنما يوجب تمييزه غالباً فتأمل وأما اعتبار رضاه فهو خيرة المبسوط والوسيلة والفنية وسائر ما تأخر وقد نسب إلى الأكثر في التذكرة والمفاتيح وفي (الرياض) نسبته إلى الأكثر وعامة من تأخر وهو كذلك وفي (المسالك) انه المشهور وفي (التحرير) وكذا الفنية الاجماع عليه وفي (الخلاف) انه أولى محتجاً بأن أمير المؤمنين عليه السلام وابتاعه ضمناً الدين عن الميت ولم يسئل النبي صلى الله عليه وسلم عن رضا المضمون له (واجب) بعد الغرض عن السند بأنها واقعة لا عموم فيها وبأن ذلك إنما يدل على عدم البطلان قبل علمه ورده ونحن نقول بموجبه لانه صحيح ولكن لا يلزم الا برضا المضمون له كذا في المختلف وغيره (وقد يقال) ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يصل الا بعد وقوعه منها ولا قائل بأنه

يقع صحيحاً ثم ينسخ وان كان فضولاً لم يكن فيه دلالة للشيخ فأمل وباحتمال وجود القرينة الدالة على رضاه لعدم ما يوفى به دينه من التركة على الظاهر مع كون الضامن مثل أمير المؤمنين عليه السلام أو أبي قتادة بمحضر من النبي صلى الله عليه وسلم وبذلك يحصل العلم برضا المضمون له ولو بالفحوى ولعله كاف في الصحة بل وال لزوم وان توقف على القبول اللفظي على الاختلاف على انا قد قول بانه قد يكون حصل رضا المضمون له في الواقعتين وعدم النقل لا يدل على العلم والتسك باصالة العلم مشروط بعدم النص على الاشتراط وقد يقال ان رضا رسول الله صلى الله عليه وسلم كاف لانه أولى بالمؤمنين من انفسهم (واستدل) للشيخ في الكفاية بموثقة اسحق ابن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه علي دينك قال يبرؤه ذلك وان لم يوفعه وليه من بعده وقال ارجو ان لا يأم وأما أمه على الذي يحبس (واستدل) له في الحدائق بموثقة الحسن ابن الجهم قال سئلت ابا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله علي دين وخلف ولداً رجلاً ونساء وصبياناً فجاء رجل منهم فقال انت في حل مما لآخوتي وأخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك قال تكون في سعة من ذلك وحل قلت وانت لم يعطهم قال ذلك في عنته (قلت) فان رجع الورثة علي فقالوا اعطنا حقنا فقال لهم ذلك في الحكم الظاهر فاما بينك وبين الله تعالى فانت في حل منها اذا كان الرجل الذي اهلك يضمن رضاهم وبصحيحة حبيب الحذابي عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلت له الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير اذن صاحبه قال لا يأخذ الا ان يكون له وفاء قال قلت ارأيت ان وجدت من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه قال نعم وانت خير بان ما تضمنه هذا الصحيح مخالف للقواعد والاجماع خارج عن محل النزاع لانه ما تضمن براءة ذمة المدين من مال الغريم ينقله الى ذمة الضامن ومثله الموثق الثاني في الامرين معاً لكونه صريحاً في حصول البرائة بمجرد ضمانه لرضاهم وبهذين حصلت المخالفة للاجماع والخروج عن محل النزاع ولهذا اطلق عليه السلام وقال ان للورثة المطالبة بالحكم الظاهر وهو اعم من وجود اليقينة على الضمان وعدمه والحاصل ان استدلال صاحب الحدائق بهذين غفلة والاصحاب اغفلوها على رأي العين واما الموثق الاول فهو مطلق بالنسبة الى حصول رضا المضمون له وعدمه فليقيد بادلة المشهور القوية المعتمدة المتعاضدة جمعاً بين الادلة للاجماع على تقديم النص على الظاهر والقوي على الضعيف (وحجة) المشهور بعد اجماعي التحرير والغنية الاصل بمعنى ان الاصل عدم شرعيته حتى يثبت وصحيحة عبد الله ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للفرماء قال اذا رضي به الفرماء فقد برئت ذمت الميت ومفهومه نص في المطالب وقد روى مثله في الفقيه عن الحسن ابن محبوب عن الحسن ابن صالح الثوري عن ابي عبد الله عليه السلام ومثله في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام وان كان لك على رجل مال وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه فالميت قدبراً وقد لزم الضامن رده عليك والضعف منجبر بما عرفت مع التأييد بخبر احتضار عبد الله ابن الحسن فلو لم يعتبر رضا المضمون له لم يخبرهم ويبقى الكلام في حجية فعله لانه قد يكون اخذه عن ابائه عليهم السلام ولهذا جعلناه مؤيداً وقد جعله في المختلف دليلاً وعلى هذا القول فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراضي ام لا بد من كونه بصيغة القبول اللفظي قولان اشار اليهما المصنف كما ستسمع قوله

وفي اشتراط قبوله احتمال فان شرط اعتبار فيه التواصل المهود بين الايجاب والقبول في العقود (الخامس) الحق المضمون وشرطه المالية والثبوت في الذمة وان كان متزلزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول (متن) .

﴿ وفي اشتراط قبوله احتمال ﴾ اختاره في الذمة وهو الاقرب كما في التحرير والتذكرة والاصح كما في جامع المقاصد والاجود كما في المسالك والاقوى كما في الروضة لان الضمان عقد اجماعا كما في جامع المقاصد فلا بد فيه من القبول ولان المال للمضون له فكيف يملك شخص قله الى ذمته بغير رضاه وقد عرفت الحال في قضية أمير المؤمنين عليه السلام (وليعلم) ان كل من قال انه عقد قال انه لازم والاحتمال الثاني العدم وفي (الايضاح) انه الاولى لانه التزام واعانة للمضون عنه وليس هو على قواعد المعاملات وقوله تعالى وانا به زعيم وقد واقفه على ذلك المولى الاردبيلي وليس بشي بعد دعوى الاجماع على كونه عقدا لازما وانتقاض ما في الايضاح بالرهن كما في التذكرة والمسالك فان فائدته التوثيق مع اشتراط القبول فيه فتأمل مضافا الى الاصل والاقتصار فيما خالفه من اللزوم والانتقال على المتيقن من الاجماع والنص وليس فيه تصريح بكفاية مطلق الرضا واطلاقه مسوق لبيان حكم آخر فلا عبرة به لعدم وروده في بيان حكمه كما حرر في محله مضافا الى ما في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام من قوله وقبلت ضمانه وهناشي وهوانهم في اول الباب قالوا انه عقدواختلفوا في اشتراط القبول والقائل به حكم به بالاصح والاقرب ونحو ذلك ﴿ قوله ﴾ فان شرط اعتبار فيه التواصل المهود بين الايجاب والقبول في العقود ﴿ كما في التذكرة ﴾ وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكونه باللفظ الماضي واللفظ العربي كما في جامع المقاصد والمسالك ووجه ظاهر ﴿ قوله ﴾ (الخامس الحق المضمون وشرطه المالية) اجماعا معلوما ومحكما في ظاهر الغنية وقد يظهر من غيرها وضابطه ما جاز عقد الرهن عليه كما في (الذمة) أو أن يكون مما يصح تملكه وبيعه كما في (التذكرة) قال فلا يصح ضمان ما ليس بمال وكما لا يصح بيع المحرمات والربويات وغيرها مما تقدم فكذا لا يصح ضمانها ﴿ قوله ﴾ (والثبوت في الذمة) اجماعا كما في الغنية وغيرها كما ستسمع فلو قال لغيره مهبأ أعطيت فلانا فهو علي لم يصح اجماعا كما في (التذكرة) وقد جوزوا ضمان أشياء كثيرة ليست ثابتة في الذمة كضمان الاعيان المضمونة والعهددة وتقضان الصنعة وغير ذلك كما ستسمع فهي اما مستثناة أو الشرط أغلبي كما يأتي بيان ذلك ﴿ قوله ﴾ (وان كان متزلزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول) كما طفحت به عباراتهم كالحلاف والغنية وغيرها وفي (المبسوط) ففي الخلاف وظاهره بين المسلمين عن صحة ضمان الثمن في البيع بعد تسليم المبيع والمهر بعد الدخول والاجرة بعد دخول المدة وعن صحة ضمان الثمن قبل التسليم والاجرة قبل انقضاء الاجارة والمهر قبل الدخول قال فهذه الحقوق لازمة غير مستقرة فيصح ضمانها أيضا بلا خلاف انتهى وقول المصنف وغيره كالثمن في مدة الخيار شامل باطلاقه لما اذا كان الخيار لهما أو لاحدهما ولما اذا كان ضمانه أي الثمن قبل القبض أو بعده عن المشتري أو عن البائع لنفسه أو لعهده أما ضمانه قبل القبض فأنما يصح عن المشتري لاعتن البائع أما صحته عن المشتري سواء كان الضمان لنفسه أم لعهده فانما تكون اذا لم يكن معينا فيضمن عن المشتري للبائع الثمن الذي في ذمته فينتقل الى ذمة الضامن هذا اذا كان لنفسه واذا كان لعهده فانه يضمن للبائع عهدة الثمن لو ظهر مستحقا

اولو لم يكن لازما لكن يؤول اليه كمال الجمالة قبل الفصل (متن)

اذا كان غير معين أيضا لأنه لا يطل البيع باستحقاقه بل يرجع الى ثمن آخر ولا كذلك لو كان معيناً وظهر مستحقاً فإنه يطل البيع ولو كان الضمان حينئذ لتجوز كونه معيناً صحيح سواء كان معيناً أو غير معين وأما عدم صحته عن البائع قبل قبضه على تقدير ظهور المبيع مستحقاً فإنه ضمان مالم يجب لانه لم يدخل تحت يد البائع حال الضمان ليضمن عهده فيكون كما لو ضمن ما يستدينه وهذا هو المراد مما في الشرائع والتحرير من قولها ولو كان قبل القبض لم يصح ضمانه عن البائع وأما ضمانه بعد القبض فقد يكون للبائع القابض له بأن يضمن له عهده على تقدير ظهوره مستحقاً على وجه لا يستلزم بطلان البيع كما لو كان غير معين أو على تقدير ظهور عيب فيه ليرجع بارشه وقد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور المبيع مستحقاً ليرجع به وعلى التقديرين فالضمان انما هو لعده لانه نفسه فكان الضمان في أكثر الصور ضمان مهدة فقولهم كالتن في مدة الخيار تشبيه للحق الثابت المنزول لا للمضمون اذ المضمون هو نفسه انما هو في صورة واحدة (وليعلم) أن ضمان المهدة يفارق ضمان الثمن نفسه من جهة الصيغة والحكم فصيغة الاول ضمنت لك عهده ودركه فلا يفيد نقلاً وصيغة الثاني أعني ضمان النفس ضمنت لك الثمن الذي في ذمة زيد فيفيد انتقاله الى ذمة الضامن فانرق بينهما في اللفظ والمعنى **قوله** **﴿** أولو لم يكن لازماً لكن يؤول اليه كمال الجمالة قبل الفصل **﴾** عقد الجمالة من العقود الجائزة يصح لكل من الجاعل والعامل فسخه قبل العمل وبعده ومن أحكامه أن العامل لا يستحق المال المجهول الا بتام العمل فلو بقي منه شيء وان قل فليس له شيء بخلاف الاجارة حيث ان أجرها موزعة على العمل بالنسبة ف ضمان مال الجمالة ان كان بعد تمام العمل فلا خلاف في صحته لازمه للجاعل وقد نفى عنه الريب والشبهة جماعة وان كان قبله ففي المبسوط والشرائع والتحرير ومجمع البرهان انه يصح ضمانه وكذا المختلف وان اختلف في الدليل وفي (الخلاف والفنية) يصح ضمان مال الجمالة اذا فعل ما شرط الجمالة به وامله يؤول الى ما في المبسوط كما فهمه الجماعة والا فلو أراد بعد تمام العمل كما يظهر من المختلف لما احتاج الى الاستدلال عليه بما ستسمع ووافق في التذكرة فيما اذا ضمن بعد الشروع في العمل (واحتج) عليه في المبسوط والخلاف والفنية بقوله تعالى (ولن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) قال في (الخلاف) وهذا نص وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وقد استدلل الفقهاء بالآية الكريمة وكذا الحديث على مسائل من الجمالة والضمان فليكن هذا منها واستدل الشيخ أيضاً على ما حكاه عنه في التذكرة ولم أجده في المبسوط والخلاف بأن مال الجمالة يؤول الى اللزوم اذا عمل تمام العمل والذي لا يلزم انما هو العمل وأما المال فيلزم به الضمان للمال لا للعمل انتهى فتأمل واستدل عليه في المختلف بأن الحاجة ماسة اليه فجاز ضمانه كقوله ألق متاعك وعليّ ضمانه ويستفاد من هذا أن الظالم اذا حبس رجلاً وأراد منه ما لا غرامة من غير حق كما هو عادة المحاكم وقال لاخر ضمن عني هذا المال وخلصني من يد الظالم من الحبس والعقوبة أن الضمان صحيح وله الرجوع عليه بما أدى عنه وقد نبهنا على ذلك في باب الديات واستدل على ما ذهب اليه في التذكرة بوجود سبب الوجوب وباتنها الامر فيه الى اللزوم كالتن في مدة الخيار ومصادره سبب الوجوب الشروع في العمل المنتهي الى اللزوم لانه المقدر كما فهمه في المسالك وقد ناقشه المحقق الثاني والشهيد الثاني باتقاء الثبوت واللزوم فيما بقي من العمل الذي لم يأت بمقابلته من العمل وبالفرق بينه

ومال السبق والرمية والا قرب صحة ضمان مال الكتابة وان كانت مشروطة (متن)

وبين الثمن في مدة الخيار (قلت) هو لم يقل انه يلزم فيما بقي بل قال انه ينتهي الى اللزوم يعني بتمام العمل كما صرح به في آخر كلامه في حجة الشيخ وهذا هو المراد من التشبيه فلم يتجه الا بردان والامر واضح وكلام المحقق الثاني قد يدل على انه لا دليل في المسئلة غير ما حكاه عن التذكرة واختار أي المحقق الثاني عدم الصحة قبل الفعل والشاهد الثاني كأنه متردد كصاحب الكفاية ومثل ضمان مال الجمالة ضمان الدية قبل استقرار الجنابة وقد حررناه في بابه وقول المصنف لم يكن لازما لكن يؤول الى اللزوم أراد به الإيماء الى وجه الصحة ولذلك وقعت هذه العبارة في المبسوط والشرائع والتحرير وغيرها فلو قال لولم يكن ثابتا لكنه يؤول اليه لقات هذه الفائدة وخالف كلام الاصحاب فاندفع ما في جامع المقاصد **قوله** (ومال السبق والرمية) كما في المبسوط والخلاف وجامع المقاصد والمسالك لقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم ولان الاصح انه عقد لازم كيف كان فيلزم المال فيه بالعقد فيصح ضمانه وتردد فيه في الشرائع وبني الامر في التذكرة على انه هل هو جمالة أو اجارة فان كان اجارة صح الضمان وان كان جمالة فكفمان الجمل وقد عرفت مختاره فيه فيها وهذا كله اذا كان الضمان قبل العمل أو قبل تمامه وأما اذا كان بعد تمام العمل فلا شبهة في صحة ضمانه كما هو واضح وقد صرحوا به **قوله** (والأقرب صحة ضمان مال الكتابة وان كانت مشروطة) كما هو خيرة التذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وفي (الشرائع) لو قيل به كان حسنا والمخالف الشيخ في المبسوط حيث منع من ضمان مال الكتابة مطلقا للعبارة ولم يفرق بين المطلقة والمشروطة قال لانه لا يلزم العبد في الحال لان للمكاتب اسقاطه بفسخ الكتابة للمعجز فلا يلزم العبد في الحال ولا يؤول الى اللزوم لانه اذا أداه عتق واذا عتق خرج عن أن يكون مكاتبا فلا يتصور أن يلزم في ذمته مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من أدائه فهذا المال لا يصح ضمانه لان الضمان اثبات مال في الذمة والتزام لادائه وهو فرع لزومه للمضمون عنه فلا يجوز أن يكون ذلك المال في الاصل غير لازم ويكون في الفرع لازما فلماذا منعنا من صحة ضمانه وهذا لا خلاف فيه انتهى وهو مبني منه على ما يختاره من عدم لزوم مال الكتابة المشروطة من قبل العبد والمشهور المعروف بين المتأخرين هو القول باللزوم فيصح ضمان مالها بل قالوا لو قلنا بالجواز فالصحة متبعة أيضا لان المال ثابت في ذمة المكاتب بالعقد غاية انه غير مستقر كالثمن في مدة الخيار فعلى هذا متى ضمنه ضامن انفق كما في التحرير وغيره وامتنع التعجيز كما لو أدى المال بنفسه وبهذا يحصل الفرق بينه وبين الثمن في زمن الخيار فان أداء الثمن لا يمنع الخيار وغاية الضمان انه قبض فلا يمنع بطريق أولى ومن هنا أشكل الجواز على تقدير الجواز لانه يؤدي الى اللزوم قهرا على المكاتب بناء على عدم اشتراط رضا المضمون عنه فينافي الفرض من بناء الكتابة على الجواز وموضع الخلاف كما في المسالك الكتابة المشروطة وقال لا خلاف في لزوم المطلقة (قلت) نفاها عبارة الشرائع والتحرير والتذكرة والمختلف أن محل النزاع بينهم وبين الشيخ مطلقة (مطلق خل) الكتابة حيث تعرض في هذه الاربعة للخلاف ولعله فهمه أي في الخلاف من أن مذهبه في المبسوط ان الكتابة ان كانت مطلقة فهي لازمة من الطرفين وان كانت مشروطة فهي لازمة من جهة السيد دون العبد وان كان كلامه في الخلاف قد يعطي خلاف ذلك لكن الظاهر

ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلية (متن)

كما في المختلف موافقة المبسوط فكلالة في الباب منزل على كلامه في ذلك الباب فأمل قوله ﴿ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلية﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان وكذا الخلاف وفي (جمع البرهان) لعله لا خلاف فيه وهو كذلك لان النفقة كالموض عن التمكين فهي دين فيصح ضمان الماضية والحاضرة منها أما الماضية فلا استقرارها في ذمة الزوج بمضي الزمان وأما الحاضرة فلانها تجب بطلوع الفجر وتثبت في ذمته وأما المستقبلية فأنها غير واجبة في الذمة فلا يصح ضمانها لان النفقة عندنا انما تجب بالمقدم مع التمكين الكامل وهي أن تخلي بينه وبين نفسها قولاً وفعللاً بمجرد المقد وعدم التشور وفرق واضح بين التمكين الكامل وعدم التشور والتمكين الكامل ليس بمحصل في زمان لم يقع بعد وقد علل في الشرائع صحة ضمان الحاضرة والماضية باستقرارها في ذمة الزوج فأورد عليه في المسالك ان النفقة الحاضرة لا اشكال في وجوبها وثبوتها مع التمكين أما استقرارها ففيه نظر مبني على انها لو نشزت في اثناء ذلك النهار هل تسترد أم لا وفيه خلاف وأنت خير بأن مراده بالاستقرار الثبوت كما يرشد اليه مقابلتهما بالمستقبلية وعدم فرقهم في المقام بين المؤنة والكسوة حيث يقولون بصحة ضمانها حاضرة وماضية يقضي بأنهما من سنخ واحد وأنهما تملك والا فلو لم يكسها مدة كانت الكسوة كالاسكان لا تكون ديناً عليه على القول بالامتناع فلا يصح ضمانها وعلى القول بالتمليك تكون ديناً يصح ضمانها ثم ان صاحب المسالك أطلق الخلاف من دون تفصيل بالنسبة الى الكسوة والمؤنة مع ان الناشز والميتة والميت زوجها بالنسبة الى الكسوة على القول بانها امتناع يسترد زوجها ما وجده منها قولاً واحداً من القائلين بذلك ان كان هناك قائل بذلك ولم نجده لأحد من المتقدمين والاساطين نعم هو لبعض متأخري المتأخرين والمصنف في الارشاد وان كان ظاهره الامتناع لكن آخر كلامه يعطي التملك وأما المؤنة فقد اختلفوا في استردادها في الناشزة في اثناء النهار وأما لو ماتت أو مات في اثنائها أو طلقها فالظاهر أنهم لا يختلفون في أنها لا تسترد منها نفقة النهار لو بقي منها شيء واختلفوا في نفقة الليل وكيف كان قد قال في التحرير في الفرق بين مال الجمالة قبل العمل وبين النفقة المستقبلية اشكال (قلت) قد يمكن تجشم الفرق وقال في (المبسوط) بعد أن قال بصحة ضمان الحاضرة والماضية دون المستقبلية انما يصح ضمان نفقة المعسر لانها ثابتة على كل حال وأما الزيادة عليها الى تمام نفقة المؤسر فهي غير ثابتة لأنها تسقط باعساره وتبعه على ذلك القاضي ورده في المختلف بأن الاعتبار حينئذ بالزوج فانه ان كان مؤسراً وجبت نفقة المؤسر وان كان معسراً وجبت نفقة المعسر ولا يسقط الزائد على نفقة المعسر باعسار المؤسر بعد وجوبه وانما يتم ذلك على مذهب القائلين بصحة ضمان النفقة المستقبلية وقول الشيخ في المبسوط كانه مذهب المخالف وتفرع على تسوية ضمان النفقة المستقبلية وتبعه ابن البراج توهم أن ذلك فتواه (قلت) كلام المبسوط في المقام ليس فيه تعرض لأهل الخلاف أصلاً لكن الباعث له على حمل كلامه على هذا الوجه البعيد جداً انه بالنسبة الى النفقة الماضية لا يكاد يعقل وبالنسبة الى الحاضرة بعيد جداً لبعده احتمال الاعسار في ذلك النهار ووجه التفرع المذكور على مذهب أهل الخلاف أن القائل بضمان المستقبلية شرط تقدير المدة وأن يكون المضمون نفقة المعسر وان كان المضمون عنه مؤسراً أو متوسطاً لانه ربما يعسر فالزائد على

والحاضرة للقريب دونها ولو ضمن ما يستلزمه بيع أو قرض بعده لم يصح ولا ضمان الامانة كالوديعة والمضاربة ويصح ضمان ارش الجناية وان كان حيوانا (متن)

نفقة المعسرين غير ثابت لانه يسقط بالعسر وهناك خلاف آخر لابن ادريس فانه بعد أن حكم بصحة ضمان الماضية والحاضرة دون المستقبل قال في الموضع الذي يصح ضمانها لا يصح الا أن تكون معلومة لان ضمان المجهول على الصحيح من المذهب وعند المحصلين من الاصحاب لا يصح وقضيته انها لا يصح ضمانها في الحالين الا بعد أن يحكم بها الحاكم ويأتي انشاء الله تعالى أن ضمان المجهول الذي يمكن استلامه يصح وأن الذي لا يمكن استلامه لا يصح قولا واحدا والنقطة مما يمكن استلامها **﴿ قوله ﴾** والحاضرة للقريب دونها **﴿ أي يصح ضمان النفقة الحاضرة للأب والام وان عليا والولد وان نزل ولا يصح ضمان المستقبل والماضية كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وكذا جمع البرهان لان الحاضرة تجب بطولع الفجر والفرق بينها وبين نفقة الزوجة أن الغرض منها البر والصلة والمواساة فتفوت بفوات الوقت وبضيافة الغير ونحو ذلك ونفقة الزوجة معاوضة فسيلا سبيل الدين ف ضمان الماضي من نفقة الاقارب ضمان مالا يجب واما المستقبل منها فأولى بعدم الصحة **﴿ قوله ﴾** ولو ضمن ما يستلزمه بيع أو قرض بعده لم يصح **﴿ هذا تفريع على الثبوت في الذمة والمراد انه لو ضمن ديناً لم يجب بعده ولكنه يجب بعد ذلك بقرض أو بيع أو شبههما لم يصح ولو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو علي لم يصح أيضا عند علمائنا اجمع كما في التذكرة وفاعل يستلزمه راجع الى المضمون عنه فيصير المعنى لو ضمن ما يستلزمه بيع أو قرض **﴿ قوله ﴾** ولا ضمان الامانة كالوديعة والمضاربة **﴿ كما في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والكفاية وقال في (التذكرة) اذا ضمن عينا لمالكها وهي في يد غيره فان كانت امانة لم يتعد فيها الامين لم يصح الضمان كالوديعة والعارية غير المضمونة ومال الشركة والمضاربة والعين التي يدفعها الى الصانع والمال في يد الوكيل والوصي والحاكم وأمينه اذا لم يقع منهم تعد أو قريط عند علمائنا اجمع لانها غير مضمونة العين ولا مضمونة الرد وانما يجب على الامين مجرد التخلية فاذا لم تكن مضمونة على ذي اليد لا تكون مضمونة على الضامن ولو ضمنها أن تعدى فيها لم يصح أيضا لانه ضمان ما لم يجب ولم يثبت في الذمة فيكون باطلا كما لو ضمن ما يدفعه اليه قرضا ويدل على عدم صحته في الامرين أعني ضمان الاعيان أو على تقدير تلفها زيادة على ما سمعت أن الاصل عدم الضمان فيقتصر فيه على المتيقن والمتيقن هو المسال الثابت في الذمة والاعيان في الصورة الاولى لا يمكن ضمانها لانها لا تنتقل من ذمة الى أخرى وفي الصورة الثانية لم يثبت شيء في الذمة حين الضمان كما عرفت آنفا واستعرف الحال فيما علل به عدم صحة الضمان في الشرائع من قوله لانها غير مضمونة بالاصل **﴿ قوله ﴾** ويصح ضمان ارش الجناية وان كان حيوانا **﴿ أي وان كان الارش حيوانا قال (في التذكرة)** يصح ضمان ارش الجناية عند علمائنا سواء كان من التقدين أو الابل وغيرها من الحيوانات لانه مال ثابت في الذمة فصح ضمانه كغيره من الحقوق الثابتة في الذمة وقال بعض اصحاب الشافعي لا يجوز ضمان ابل الدية لانها مجهولة الصفة واللون وفيه انا نتم بطلان ضمان هذا المجهول وان الابل الواجبة في الذمة عن النفس والاعضاء والجراحات معلومة العدد والسن وجهالة اللون وغيره من الصفات لا تنصر******

ومال السلم والاعيان المضمونة كالنصب والعارية والامانة مع التعدي على اشكال (متن)

قوله ﴿ ومال السلم ﴾ اجماعا كما في ظاهر التذكرة والمخالف أحد في الروايتين لانه يؤدي الى استيفاء المسلم من غير المسلم اليه وهو كما ترى قوله ﴿ والاعيان المضمونة كالنصب والعارية والامانة مع التعدي على اشكال ﴾ صحة ضمان الاعيان المضمونة (المفصولة خ ل) خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وكذا المفاتيح مطلقين هذه الكلمة بهذه العبارة ونحوها ولعلمهم أرادوا اما وجوب الرد أو ضمان القيمة على تقدير التلف كما نبه عليه في المبسوط في آخر كلامه اذ لا معنى لضمان العين بدونها ولذلك صور في التذكرة لضمائهما صورتين (الاولى) أن يضمن رد أعيانها وجوزه لانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه ورده في (جامع المقاصد والمسالك) بان الثابت انما هو وجوب الرد وليس بمال وأن من خواص الضمان انتقال الحق الى ذمة الضامن وبرائة المضمون عنه وهنا ليس كذلك لان الغاصب مخاطب بالرد ومكلف به اجماعا وانما يفيد هذا الضمان ضم ذمة الى ذمة وليس من أصولنا (الثانية) أن يضمن قيمتها على تقدير التلف وقوى صحته لان ذلك ثابت في ذمة الغاصب فيصح الضمان ويأتي له في باب الكفالة انه يصح ضمانها وأنه لا يضمن قيمتها على تقدير التلف ورد في الكتابين بانه ليس بواقع فهو ضمان مالم يجب وان وجد سببه لان القيمة لا تجب الا بالتلف ولم يحصل وأيضا فان الثابت في ذمته هو كونها بحيث لو تلفت ثبتت قيمتها في ذمة الغاصب وهذا حكم شرعي تابع لوصف النصب والاستعارة والتعدي في الامانة والحكم الشرعي لا يمكن نقله بالضمان وفي الاول أعني جامع المقاصد ان عدم صحة الضمان قوي وفي الثاني انه أقوى وفي الايضاح انه الاصح ولا ترجيح في شرح الارشاد لفخر الاسلام ولا الكفاية (قلت) قد يقال ان ليس من لوازم الضمان انتقال المال الثابت في الذمة أو شرائطه ولعل المراد أن الغالب انه كذلك والا فإذا كان يخفى على أولئك الاجلاء العظام هذا الشيخ في المبسوط ذكر الوجهين وعلل عدم صحة الضمان بأنها غير ثابتة في الذمة وقال انما يصح ضمان الحق الثابت في الذمة ويرشد الى ذلك انه في التذكرة قال ضمان المال عندنا ناقل وفي ضمان الاعيان المضمونة والهبة اشكال أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه وقد جوز فيما حكيناه ضمان الاعيان المفصولة ونحوها وجوز ضمان الهبة في موضع آخر ويرشد الى ذلك أيضا أطباقيهم كما ستمتع على صحة ضمان الهبة الثمن للمشتري عن البائع اذا كان قد قبضه وهو فرد من أفراد ضمان الاعيان المضمونة على تقدير كونه موجودا حالة الضمان وصرحوا أيضا بصحة ضمان الثمن للبائع عن المشتري وان كان عينا كما ستمتع فلم يكن ذلك أغليا لما صح منهم ذلك مع تنبيههم على ما ردوا به عليهم بل لا نستبعد كما قال المقدس الاردبيلي صحة ضمان الاعيان بمعنى جواز طلب العين من الضامن أو ممن هو في يده على سبيل التخيير بمعنى أن المضمون له مخير في الطلب من أيهما شاء أو تقول يجب عليها معا رد العين وعوضها بعد التلف كما هو الشأن في الغاصبين المتعديين أو تقول ان الضمان هنا ناقل بمعنى انه يجب رد العين على الضامن بمعنى انه يختص بالمطالبة فيأخذها من الغاصب ويردها الى مالكها ان ثبت انه لا بد من النقل مطلقا والا فنقول ان النقل مخصوص فيما يمكن من الاموال التي في الذمة والحاصل أنا قد قول انه لا دليل على كون الضمان مطلقا ناقلًا فان الاجماع والخبر انما هما في غير الاعيان ويشهد لذلك كلامهم في ضمان الهبة (وليعلم) ان قوله في الشرائع

و ضمان المهددة للبائع عن المشتري بان يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه و ضمان عهده
 ان ظهر عيب أو استحق والمشتري عن البائع بان يضمن عنه البائع الثمن بعد قبضه متى
 خرج المبيع مستحقا (متن)

لانها غير مضونة بالاصل في توجيه عدم صحة ضمان الامانات كما اشرنا اليه آنفا قد يعطي ان الامانة
 مع التعدي لا يصح ضمانها لانها ليست مضونة بالاصل كالمقصوب والمستام والمقبوض بالبيع الفاسد
 الا ان نقول ان مراده بالاصل ما يعم حالة الضمان بمعنى ان كل ما ليس بمضون حين ارادة ضمانه
 لا يصح ضمانه والامانة مع التعدي مضونة حال ضمانها لو ضمنها فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ و ضمان المهددة
 للبائع عن المشتري بان يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه ﴾ قال في (المبسوط) المهددة وان كان اسما
 للصك فقد صار في عرف الشرع عبارة عن الثمن حتى اذا اطلق لا يعرف الا ما قلناه ونحوه ما في
 التحرير وحواشي الشهيد وقد حكاه بعض عن التحرير وبعض عن الحواشي ساكتين عليه وقال في
 (التذكرة) سمي ضمان المهددة لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده أو لما ذكره في الصحاح قال يقال
 في الامر عهدة بالضم أي لم يحكم بمدوني عهدة أي ضعف فكان الضامن ضمن ضعف المقد والتزام
 ما يحتاج اليه من عزم أو ان الضامن التزم الرجعة عند الحاجة وهذا الاخير تفسير للمهددة بمعنى المترك
 لا بمعنى الثمن وكلاهما معروف ومعنى العبارة انه يصح ضمان الثمن عن المشتري للبائع اذا كان ديننا
 وهذا لا ريب فيه واما اذا كان عينا فهو من جملة الاعيان المضونة ففي (جامع المقاصد) لعل تجوز
 ضمانه لمعوم البلوى ورعاية الحاجة وطباق الناس على ضمان المهددة أنهى ولم اجد من صرح بذلك
 لكن الامر كذلك واطلاق التحرير يتناول ذلك ويأتي تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ ﴿ و ضمان
 عهده ان ظهر عيب أو استحق ﴾ أي يصح ضمان عهدة الثمن أي دركه على تقدير ظهور عيب فيه
 أو ظهور استحقاقه والمراد ضمان عهده عن المشتري للبائع لان الارش على تقدير ظهور عيب حق ثابت
 حين الضمان وان كان متزلزلا لجواز الفسخ قبل التصرف والبدل واجب على تقدير الاستحقاق اذا لم
 يجر العقد على عينه ولا يضر كونه غير معلوم الثبوت حين الضمان للضرورة وانكشف ثبوته بعد كما صرح
 بذلك كله في جامع المقاصد ونحوه ما في التذكرة في موضع منها وفي (التذكرة) في موضع آخر والتحرير وجمع
 البرهان والمفاتيح الاقتصار على صحة ضمانه فيما اذا ظهر مستحقا وقال في (التذكرة) ان الاقوى عدم الجواز
 فيما اذا خرج معينا وتمام الكلام وتحرير المقام يأتي انشاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمشتري عن البائع
 بان يضمن عنه البائع الثمن بعد قبضه متى خرج المبيع مستحقا ﴾ كافي المبسوط والخلاف والوسيلة والشرائع
 والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح لاطباق
 الناس على جوازه في جميع الأعصار كما في التذكرة وكذا مجمع البرهان وفي (المسالك) ان ظاهرهم الاتفاق
 عليه وقد قيد بكونه بعد القبض في اكثر الكتب المتقدمة ما عدى المبسوط والشرائع والارشاد والمعة
 بل في الوسيلة والتذكرة والتحرير التصريح بانه ان كان قبض الثمن صح الضمان وان لم يكن قد قبض
 لم يصح وهو ايضا مراد في كلام من لم يقيد به لانهم لا يختلفون في ان الضمان لا بد فيه من ثبوت
 حق في ذمة المضون عنه في نفس الامر وقت الضمان بحيث يمكن تكليف غيره به والبائع ما لم يقبض
 لم يتعلق بذمته حق وقد استدلوا عليه بعموم ادلة الضمان ومنها الموثنون عند شروطهم وبالاجماع

أورد بعيب على اشكال (متن)

واستمرار الطريقة في الاعصار المؤيد بالضرورة فإنه لو لم يجوز مثله وإن (١) قلنا ان ضمان الاعيان لا يصح لزم تعطيل كثير من المعاملات فإنه كثيرا ما يحتاج الانسان الى معاملة اشخاص لا يعرفون ولا يوثق بكلامهم ولا بملكيتهم ولا يدهم اذ كثيرا ما تكون عادية ويخاف عدم الظفر بهم لو خرج مستحقا وهذا وإن كان يقضي باولوية صحة ضمانه قبل قبضه كما هو ظاهر لكن تعارضه القاعدة الاخرى التي عرفها وهي عدم صحة ضمان ما لم يجب كالابراء عما لم يجب لكن قضية ذلك ان لا يتأملوا فيها اذا رد بعيب سابق وما اذا ضمن درك ما يحدثه فليكن ذلك من هذا القيل فتارك القيد قد يكون مخافا ولا سيما أن لحظت ما ذكرناه آنفا فليتأمل جيدا وهذا كله ان لم يجز المالك البيع أو اجازة ولم يرض بقبض البائع ومثله ما لو تبين خلل في البيع اقتضى فسادا كتحلف شرط فيه ومحو ذلك فان ضمان الثمن للمشتري يصح في جميع ذلك لما تقدم من العلة كما نص على ذلك جماعة كثيرون وقد يقال أنه لا يصح الضمان لانه انما جوز للحاجة وانما تظهر الحاجة في الاستحقاق لان التحرز عن ظهور الاستحقاق لا يمكن والتحرز عن سائر اسباب الفساد ممكن وعدم خلافهم في صحة هذا يشهد على ما قلناه آنفا ويأتي تمام الكلام فيه عند تعرض المصنف له ~~في قوله~~ (أورد بعيب على اشكال) ينشأ من ان الثمن انما وجب حينئذ بالفسخ فيكون ضمانه ضمان ما لم يجب ومن تقدم سبب الفسخ ودعاء الحاجة اليه كما في الايضاح وجامع المقاصد واستشكل في التذكرة بسبب تقييد البائع لان كان يمكنه الاعلام وما اعلم بالثمن فصار كأن الاستحقاق ثابت فيستحق الطلب وبسبب انه فسخ متعقب كالتقابل (قلت) وهو قوي ومجرد تقييده لا يستلزم صحة ضمانه مضافا الى الاصل مع عدم تحققه حين ضمان الهبة وهو الاشهر كفي الكفاية وهو خيرة الشرائع والتحرير والارشاد والمسالك والكتاب ايضا في موضعين كما يأتي وفي (جامع المقاصد) انه قريب وذكر الاحتمالين في المبسوط من دون ترجيح وقال في (الايضاح) ان الحق الصحة لان العذر الغالب أولى بالرخصة من النادر والق متاعك في البحر وعلي ضمانه اقل وقوعا من صورة النزاع فيكون الجواز هنا أولى أنتهى وهو قوي متين أيضا بل قد يقال انه احد الفردين الثابتين حالة العقد على وجه التخيير لأنه مخير بين الرد بالعيب والمطالبة بالثمن وبين الرضا به والمطالبة بالارش فيوصف بالثبوت قبل اختياره كالفرد من الواجب التخيير فإنه يوصف بالوجوب قبل اختياره كما يأتي لم مثله في ضمان الارش أنتهى وعلى تقدير صحته يجب تقييده بعيب سابق كما في الشرائع والا قد يصح الفسخ بعيب لا حق كما لو وقع قبل القبض أو في الثلاثة وهذا لا يكون موجودا حالة الضمان الواقع عند البيع فيكون كما لتجدد من الاسباب لا يصح ضمانه قول واحد هذا وقد عرفت ان المصنف هنا استشكل في الرد بالعيب ويأتي له بعد اسطر ان الاقرب انه لا يصح ويأتي له بعد صفحة الجزم بعدم الصحة وقد حكى في جامع المقاصد ان بعض الناس حاول الفرق بان الاشكال هنا في تناول اطلاق لفظ ضمان عهدا الثمن لهذا القسم واما تناولها لما اذا ظهر مستحقا فلا شك فيه واستشهد على ذلك بقول الشيخ في المبسوط انه اذا ضمن عهدا الثمن فخرج بعض المبيع مستحقا

(١) كذا في النسخ والظاهر زيادة ان (مصححة)

أوارش العيب (متن)

فسخ المشتري لبعض الصفة طالب الضامن بالثمن كله ورده في (جامع المقاصد) بان عبارة المصنف تأتي هذا الحل قال ومع ذلك قالا شكال في وجوب الثمن على الضامن هنا انما يتأتى على تقدير لزوم لو صرح بضمانه اذا خرج عيب ورد به والمصنف لا يقول به كما سيأتي وايضا فسيأتي هنا في كلام المصنف بعد صفحه رد كلام الشيخ هذا (قلت) هو توجيه لا بأس به في دفع التناقض من دون تقادم عهد وقوله بعده والاقرب قرينة عليه والعبارة لا تأباه عند التأمل وما ذكره لا يدفعه وقد اخذه هذا المتأول من مواضع من التذكرة والتحرير وقد فسر به في المسالك عبارة الشرائع في مواضع فمنها ما قاله في الشرائع وكذا لو فسخ بعيب سابق قل في (المسالك) أي لا يدخل ذلك في ضمان العهدة الى ان قال وربما قيل بدخول هذا الفرد في الاطلاق وصحة ضمانه الى آخره ومثله المقدس الاردبيلي في مجمع البرهان حيث فسر تردد الشرائع في ارش العيب كما مستمع على انه هو في جامع المقاصد سيعترف بمثل ذلك حيث قال يصح ضمان العهدة للمشتري بالنسبة الى ارش المبيع الى ان قال فيكون ضمانه مندرجا في ضمان عهدة الثمن وعبرة المبسوط تشهد بذلك وكما له في اشكالات الكتاب مثل ذلك فتأمل جيدا ويأتي الكلام في حال الضمان في (١) ما اذا تلف المبيع قبل قبضه وما اذا ظهر بعضه مستحقا فان هذا من سنخ المسئلة ~~قوله~~ ﴿ أوارش العيب ﴾ هذا معطوف على الثمن أي يصح ضمان العهدة للمشتري بالنسبة الى ارش عيب المبيع كما هو خيرة الارشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد وكذا المسالك وتردد في المبسوط والشرائع والتذكرة وجزم بالعدم في التحرير وجه الصحة ان الارش جزء من الثمن ثابت وقت الضمان فيندرج في ضمان العهدة لكنه مجهول القدر فيكون مبنا على صحة ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه أو يختص ضمان العهدة بحكم زائد كما خرج من حكم ضمان الاعيان وبذلك يفارق الثمن حيث لا يدخل على تقدير الفسخ لانه أي الثمن انما يجب بالفسخ اللاحق للضمان كما تقدم (ووجه) العلم ان الاستحقاق له انما حصل بعد العلم بالعيب واختيار اخذ الارش والموجود حالة المقد من العيب ما كان يلزمه تعيين الارش بل التخير بينه وبين الرد فلم يتعين الارش الا باختياره ولو قيل انه احد الفردين الثابتين على وجه التخير فيكون كافراد الواجب التخير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره فيوصف هنا بالثبوت قبل اختياره لزم مثله في الثمن لانه قسيمه في ذلك كما نبهنا على ذلك آنفا قال في (المسالك) والحق ثبوت الفرق بينهما فان الثمن انما يجب بالفسخ واما الارش فانه كان واجبا بالاصل لانه عوض جزء فانت من مال المعاوضة ويكفي في ثبوته بقاء المشتري على الشراء وانما ينتقل الى الثمن بارتفاق آخر حيث لم يسلم له المبيع تاما (قلت) قد يقال اننا لا نسلم ان الارش واجب بالاصل وانما الحاصل سببه ولا يثبت الا باختياره فكان كالثمن كما أشار اليه هو في قوله ومحصل الاشكال يرجع الى أن الارش هل هو ثابت بالمقد وانما يزول بالفسخ والرجوع الى الثمن أو ان سببه وان كان حاصل لا يثبت الا باختياره قال وتظهر الفائدة فيما لو لم يعلم بالعيب أو علم ولم يطالب فهل تبقى ذمة من انتقل عنه العيب مشغولة له بالارش أم لا (قلت) قد يقال انه اذا لم يعلم تبقى ذمة الآخر مشغولة على التقديرين لان كان عالما بالعيب كاتما له والالزم ذهاب جزء من الثمن من غير عوض وهو بعيد جدا نعم يري بما زاد

(١) لفظ في غير موجود في نسختين (مصححه)

ويصح ضمان نقصان الصنعة في الثمن للبائع وفي السلفة للمشتري ورداءة الجنس في الثمن والمثلن والاقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيبا وردده والصحة لو بان فساد به غير الاستحقاق كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به (متن)

على ارش عيه وتظهر الفائدة فيما اذا علم ولم يطالب فانه يحتمل براءة ذمته وان كان ثابتا فيها حيث انه لم يختر المطالبة لانه انما ثبتت له المطالبة مع العلم وعدم الرضا بالعيب وعدم الفسخ فاذا فعل أحدهما سقطت ويحتمل عدم براءتها لثبوته بالمقد طالب أم لم يطالب فليأمل جيدا واحتمل في مجمع البرهان أن يكون وجه تردد الشرائع أن ضمان عهدة الثمن لا يشمل الا أن يكون مقصودا ومعلوما بينهما سواء ذكر ما يدل عليه بخصوصه أم لا حيث قال أي في الشرائع لان استحقاقه ثابت عند المقد وفيه تردد قوله ﴿ ويصح ضمان نقصان الصنعة في الثمن للبائع وفي السلفة للمشتري ﴾ كما في التذكرة بالنظر الى آخر كلامه والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ذكره في أثناء كلامه وبيان ضمان قصانها في الاول انه اذا جاء المشتري بصنعة ووزن بها الثمن فأنهمه البائع فيها فضمنها الضامن عن النقصان فاذا كانت الصنعة ناقصة صح الضمان لانه ضمان الهدة فيطالب الضامن بالنقصان ومنه يعلم حال ضمان قصانها في السلفة للمشتري هذا اذا ضمن ذلك صريحا وهل يندرج تحت مطلق ضمان الهدة احتمالا والصنعة بفتح الصاد وبالسین أفصح قاله في القاموس (هذا) وألفاظ ضمان الهدة أن يقول الضامن للمشتري ضمنت لك عهدته أو ثمنه أو دركه أو خلصتك منه ولو قال ضمنت لك خلاص المبيع لم يصح لانه لم يملك المبيع ولا خلاصه الا باقتياعه لو ظهر مستحقا كما صرح بذلك في المبسوط والتذكرة والتحرير وقال في (مجمع البرهان) بعد أن قل ذلك عن التذكرة الظاهر أن المراد التمثيل والا فكل لفظ يفهم منه ما يراد من ضمان الهدة يصح ذلك به للمشتري أو للبائع (قلت) ما استظهره هو الظاهر وقال في (المبسوط) فتي أتى بواحدة من هذه الالفاظ صح الضمان لانها موضوعة لانه انتهى فليأمل فيه قوله ﴿ ورداءة الجنس في الثمن والمثلن ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والتحرير بعد تأمل فيه وممناه انه لو خرج المبيع رديا من غير الجنس الذي يستحقه المشتري فردده على البائع طالب المشتري الضامن بالضرب المستحق له وكذلك الحال في الثمن ويبقى الكلام في أنه يندرج تحت مطلق ضمان الهدة أم لا الظاهر الاول لانه كما اذا ظهر مستحقا - قوله ﴿ والاقرب انه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيبا وردده ﴾ قد تقدم الكلام فيه مسبقا - قوله ﴿ والصحة لو بان فساد به غير الاستحقاق كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به ﴾ يعني ان الاقرب الصحة في هذا الفرض كما هو خيرة التذكرة والمسالك والروضة والكفاية وكذا جامع المقاصد لان الثمن يجب رده على البائع فأشبه ما لو بان الفساد بالاستحقاق فكان الحق ثابتا وقت الضمان في الواقع وان لم يعلم ثبوته ظاهرا فلا يكون ضمان مالم يجب ويحتمل عدم الصحة لان هذا الضمان انما يجوز للحاجة وانما تظهر الحاجة في الاستحقاق لان التعرز عن ظهور الاستحقاق لا يمكن والتعرز عن سائر أسباب الفساد ممكن وان المضمون ليس ثابتا في القمة لانه عين موجودة غاية ما في الباب انه مضمون (انها مضمونة خل) على تقدير التلف فيكون كضمان الاحيان المضمونة وقد عرفت الحال فيه بل هذا ابعد لانه وقت الضمان غير معلوم الثبوت لانه انما يضمن على تقدير انكشاف الثبوت ويدفع ذلك قضاء

والاقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته (متن)

الضرورة بذلك ومشاركته الاستحقاق في المعنى وانه كثيرا ما يتعذر على المتعاقدين أو أحدهما الاطلاع على صحة العقد وفساده وقت العقد فيكون في ذلك مندوحة عن هذا الضرر وهذا اذا ضمن ذلك صريحا ولعل الظاهر اندراجها تحت مطلق ضمان العهدة لمشاركته الاستحقاق في المعنى ﴿ قوله ﴾ (والاقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته) كما في المنفعة والنهاية والكافي والكامل على ما حكى عنها والمراسم والغنية والشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح واللمعة والمقتصر والتفيع وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح وهو المحكي عن أبي علي وعن صاحب الرابع (١) وهو الاشهر كما في كشف الرموز والمسالك والرياض وعليه الاكثر كما في جامع المقاصد والمفاتيح وعليه الفتوى كما في ايضاح النافع وعليه اجماع الطائفة كما في الغنية وروى الاصحاب جواز ذلك كما حكاه كاشف الرموز عن المبسوط ولم أجده في نسختين منه وقال في (كشف الرموز) لو عملنا بهذا نكون عملنا بقول الصادق عليه السلام خذ ما اشتهر بين أصحابك وقد تأمل في التذكرة وكذا التحرير في فهم ذلك من عبارة النهاية وليس في محله كما اعترف به هو في المختلف وغيره والخالف الشيخ في الخلاف والمبسوط والقاضي والمهذب على ما حكى عنه وابن ادریس قال في (السرائر) انه الصحيح من المذهب وعند المحصلين من الاصحاب وفي (كشف الرموز) انه أشبه وقد سمعت كلامه آنفا وكأنه تأمل في التحرير في ظهور عبارة المبسوط في الخلاف وقال ان عبارة النهاية مشككة ولم يرجح صاحب الوسيلة والمصنف في التذكرة (واحتجوا) عليه بأن الاصل الصحة ولعلمهم أرادوا عموم أوفوا بالعقود وبعوم قوله تعالى (وأنا به زعيم) وأشار الى محل البعير والاصل عدم تعيينه وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وما رواه عطاء عن الصادق عليه السلام قال قلت له جعلت فداك ان علي ديننا اذا ذكرته فسد علي ما أنا فيه فقال سبحان الله أو ما بلفك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول في خطبته من ترك ضياعا فلي ضياعه ومن ترك ديننا فلي دينه ومن ترك مالا فلي وكفالة رسول الله صلى الله عليه وسلم ميتا ككفاله حيا وكفاله ميتا فقال الرجل نفست عني جعلني الله فداك ولولم يكن ضمان المجهول صحيحا لم يكن لهذا الضمان حكم ولا اعتبار اذ الباطل لا اعتبار به وامتنع من الامام عليه السلام الحكم بأن النبي صلى الله عليه وسلم كافل (قلت) و ينبغي أن يحتجوا عليه بضمان مولانا علي بن الحسين عليه السلام دين عبد الله بن الحسن وضمانه لدين محمد بن أسامة فانهما ظاهران بل صريحان في عدم معلومية الدين وقدره وكميته وقت الضمان وأنت خير بأن محل البحث انما هو بالنسبة الى الضمان الذي يرجع به صاحبه على المضمون عنه وظاهر الاخبار الثلاثة انه ليس كذلك فلا تكون هذه الاخبار الا صالحة للتأييد وكذلك الكلام في الآية الشريفة فانه متى خص محل البحث بما ذكرنا لم تكن من ذلك في شيء لان الظاهر منها انما هو ضمان الجمالة فان كان محل البحث الضمان بقول مطلق تم الاستدلال بالآية الشريفة والاخبار وان خص بما ذكرنا صلحت للتأييد لا للاستدلال (واحتج الشيخ) في الخلاف بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الغرر وضمان المجهول غرر وبعدم الدليل على صحته (وأجاب) عنه في المختلف بأنما هو في الماوضات التي تقضي الى التنازع اما مثل الاقرار

(١) وهو ابن طاووس صاحب البشري (منه)

فيلزمه ما تقوم البنية على ثبوته وقت الضمان لا ما يتجدد ولا ما يوجد في دفتر وكتاب أو يقر به المضمون عنه أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون (متن)

والضمان فلا لان الحكم فيها معين وهو الرجوع الى المقر في الاقرار والى اليانة في الضمان فلا غرر (واعترض) بأن الغرر لا يزول بقيام اليانة لجواز قيامها بما لا يعجز عنه الضامن فلو أزمناه لادى الى ضرره (وأجاب) جماعة كالمقداد والقطيبي بأن الضامن أدخل الضرر على نفسه بعدم احتياطة فكان كما لو ضمن المعلوم مع عجزه عنه ولعل كلا من السؤال والجواب في غير محله اذ لعل غرضه في المختلف ان الضمان كالجفالة والرهن ونحوهما يحتمل من الفرد مالا يحتمله البيع والاجارة ونحوهما ويعلم انه انما يصح في صورة يمكن العلم به بعد ذلك كقوله أنا ضامن للدين الذي لك عليه أما ما لم يمكن فيه العلم كصنت لك شياً مما في ذمته فلا يصح قولاً واحداً كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وبه جمع بين قولي الشيخ صاحب الرائع حكاه عنه كاشف الرموز لعدم امكان العلم به لصديق الشيء على القليل والكثير واليه أشار المصنف بقوله كما في ذمته أي كضمان ما في ذمته ونحوه ما في الشرائع وغيرها وعساك تقول لم لا يصح ويلزمه أقل ما يقع عليه اسم الشيء لانا قول ليس هذا هو المضمون لا تنفاه مانعته وان كان بعض افراده والواجب هو المجهول ووجوب شيء فرع صحته قوله ﴿ لا ما يتجدد ﴾ فيلزمه ما تقوم اليانة على ثبوته وقت الضمان ﴿ كما في المقنعة والنهاية والمراسم وأكر ما تأخر عنها وفي (الفنية) الاجماع عليه وقيد بوقت الضمان لانه الذي في الذمة حينئذ قوله ﴿ لا ما يتجدد ﴾ كما صرح به في التحرير والتنقيح وجامع المقاصد وهو قضية قولهم يلزمه ما تقوم به اليانة وقت الضمان لعدم دخوله في الضمان قوله ﴿ لا ما يوجد في دفتر وكتاب ﴾ بلا خلاف كما في التنقيح وبه صرح في المقنعة والنهاية وغيرها لعدم ثبوته في الذمة وانما يلزم الثابت فيها خاصة قوله ﴿ أو يقر به المضمون عنه ﴾ بلا خلاف الا من أبي الصلاح وأبي المكارم فيلزمه ما يقر به عندهما وادعى الثاني عليه الاجماع ويوهنه مع كونه اقراراً على الغير انحصار القائل به فيهما نعم استشكل في التنقيح والمفاتيح نعم ان كان الاقرار سابقاً على الضمان لزم ضمان ما أوجب الاقرار كما في المختلف وغيره وعبرة الفنية لا تأتي التنزيل على ذلك وقد يكون مثله ما اذا صرح في عقد الضمان بذلك قوله ﴿ أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون ﴾ كما في الشرائع وما تأخر عنها وانما استشكل صاحب المفاتيح وفي (المقنعة) انه يلزمه ما يحلف عليه المضمون له من غير قيد وقيد الشيخ في النهاية برضا الضامن قال قلت حلف أي المضمون له على ما يدعيه واختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه ونحوه ما حكى عن القاضي فلو حلف المدعي بسبب الرد من غير رضا الضامن لزمه على مقتضى قول المفيد دون قول الشيخ وفي (المختلف) ان التحقيق ان تقول ان جعلنا يمين المدعي كالليانة كان له الرجوع على الضامن سواء رضي يمينه أولاً وأن جعلناها كالاقرار افقر الى رضا الضامن وواقعه على ذلك صاحب التنقيح وفي (جامع المقاصد) أن التحقيق أن الرضا لا اثر له انما المؤثر وقوع الرد منه قال ولعلمهم ارادوا بالرضا ذلك (قلت) ولعل المفيد اراد بقوله الا أن يحلف على ما يدعيه أن المضمون له يحلف برد الضامن فلتتم كلمة المفيد والشيخ وتفيد المصنف عدم لزوم بحلف المضمون له بكون الرد من المديون يعطي ذلك فانه متى كان الرد من الضامن أو منه ومن المضمون عنه لزم ما يحلف عليه (واعترض في جامع المقاصد)

ولو ضمن ما تقوم به اليانة لم يصح لعدم العلم بثبوته حينئذ (متن)

على المختلف بان كون اليان المرودة كاليانة انما هي في حق راد اليان كما انها اذا كانت كالاترار تكون كاتراره فلا يلزم الضامن على التقديرين اذا لم يرد ايضا قال في (المسالك) يمكن دفعه بان اليانة لا فرق فيها بين أن يكون المنازع المضمون عنه أو الضامن لان الحق يثبت بها مطلقاً بخلاف الاقرار فانه لا يثبت الا على المقر فالبناء عليها متجه (قلت) كلامهم في باب القضاء بعضه يعطي ما قاله المحقق الثاني وبعضه يعطي ما قاله الشهيد الثاني وما يعطي ما قاله الثاني قولهم في الثمرة انه اذا اشترى المدعي شيئاً من وكيل البائع ثم ادعى عليه فسخره بعيب سابق وانكر الوكيل العيب والفسخ ونكل عن اليان وردّها على المدعي فانه على القول بانها كاليانة يردّها أي السلعة على البائع وعلى الثاني على الوكيل وقد حققنا في باب القضاء انه حكم برأسه وانه يجب اعتبار الادلة في الفروع التي فرعها وان تلك التقريرات أشبه بالقياس وقد اسبقنا الكلام في ذلك محرراً هذا وظاهر العبارة وغيرها وصريح التنقيح أن الخصومة بين المضمون عنه والمضمون له قال في (التنقيح) لو لم يقم اليانة بشي من المال وانكر المضمون عنه فتوجهت عليه اليان فردّها على المضمون له فحلف فهل يلزم الضامن ما حلف عليه أم لا قال الشيخ الى آخره وقال في (المسالك) ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليان من المضمون عنه لان الخصومة حينئذ مع الضامن والمضمون عنه فلا يلزمه ما يثبت بمنازعة غيره كما لا يثبت ما يقربه نعم لو كان الحلف برد الضامن ثبت ما حلف أنتهى ونحوه ما في الروضة والرياض فظاهر المفيد كما هو صريح التنقيح أن الخصومة بين المضمون له والمضمون عنه وقد يظهر من النهاية ان الخصومة بين الثلاثة كما هو صريح جامع المقاصد والمسالك والروضة ويمكن تنزيل كلامهم جميعاً على ما اذا كانت خصومة المضمون له معهما ويبقى الكلام في امكان الفرض مع فرض الجهل من الضامن وهو ممكن في امثلة كثيرة (منها) ما اذا اختلفوا في تشخيص ما في الذمة كأن يثبت ان له عنده مائة فيقول المضمون عنه والضامن انها مائة درهم ويقول المضمون له انها مائة دينار وعلى هذا تلثم الكلمة ويرتفع الخلاف في المسئلة بين المفيد والشيخ بالنزول المتقدم بينهما وبين المشهور لانهم يقولون لا بد من الرد من الضامن منفرداً أو مع المضمون عنه واستبعاد التأويل مع حكاية الخلاف يعارضه استبعاد وقوع الخلاف من الشيخين والتقييد برد اليان من المديون ليخرج ما اذا حلف مع شاهده فان حاله حال ما اذا قامت اليانة

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضمن ما تقوم به اليانة لم يصح لعدم العلم بثبوته حينئذ ﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد والمختلف حكماً وتعليلاً وكذا المبسوط والسرائر وهو المحكي عن المفيد والتقي وقضية كلامهم هذا ان العلم بالثبوت وقت الضمان شرط في صحته وهو ظاهر في غير ضمان العهدة بل يمكن فيه على نوع من التأويل ولا مانع من ان يكون ذلك شرطاً عملاً بالاصل الا في موضع اليقين ولانه ضمان مالم يجب كما في المختلف أي مالم يعلم وجوبه فيصير الحاصل من الجمع بين كلامهم انه لو ضمن ما في ذمته وهو يعلم انها مشغولة بشي لزمه ما قامت عليه اليانة وانه لو ضمن ما في ذمته وهو لا يعلم شغلها بشي لا يصح ضمانه ولو قامت اليانة بانها مشغولة بشي معلوم فعدم صحة ضمان ما تقوم به اليانة بهذه الصيغة انما هو لعدم علمه بانها مشغولة فلو قال له ان ذمتي مشغولة لزيد بمبلغ كثير فقال له انا ضامن ما تقوم اليانة به له عليك صح الضمان ولزم وقال المحقق الثاني لو قال بعدم دلالة عقد الضمان على ضمان ما في

الذمة لكان أولى وتخرج العبارة على ان المراد لعدم العلم بثبوته من صيغة الضمان وتبعه على ذلك صاحب المسالك وقال ان تعليل الشرائع وهو كتمليل الكتاب كما عرفت لا يخلو عن قصور لانه يدل على انه لو ضمن بهذه الصيغة يعني قوله انا ضامن ما تقوم به اليئنه ما علم ثبوته وقت أي الضمان يصح وأنه لو لم يعلم وضمن كل ما ثبت في ذمته وقت الضمان لم يصح والامر بالعكس فالصحيح في التعليل ان يقال أن هذه الصيغة اعم من أن تثبت في الذمة حين الضمان وما يتجدد بعده وانما يصح لو ثبت حينه والعام لا دلالة له على الخاص وفيه فطر من وجوه (الاول) ان كلام المحقق الثاني الذي هو الاصل في ذلك قابل للتزويل على ما قلناه فيصير معنى كلامه لعدم دلالة عقد الضمان على ضمانه ما علم ثبوته في الذمة ويكون معنى قوله وتخرج العبارة الى آخره ان المراد لعدم دلالة الصيغة على علمه بثبوت ما قامت به اليئنه في الذمة واما على ما فهمه منه في المسالك يصير المعنى لعدم علمنا بدلالة الصيغة على ارادة ثبوت ما قامت به اليئنه في الذمة حين الضمان لا ما يتجدد وفيه من التكليف الشديد والتقدير الكثير ما لا يخفى (الثاني) وهو وارد عليهما ان ظاهر التعليل ما تقدم لما تقدم مؤيدا بالعقل وكون الامر بالعكس غير مسلم بل عكس العكس هو ما ذكره الاصطحاب ولا باعث لصرف عباراتهم عن ظاهرها وتحميلها لما يتجدد (الثالث) انا نقول بناء على ما قول أن تم ان المطلق ينصرف الى الصحيح لا غير لانه المتبادر لا ما يتجدد خصوصا مع القرينة فتأمل جيدا هذا وقد نقل في المبسوط عن قوم أنه يصح ان يضمن ما تقوم به اليئنه دون ما يخرج به دفتر الحساب ثم قال ولست اعرف به نصا وجاء المجل مستعجلا فقال في السرائر اذا لم يعرف بصحة ضمان ما تقوم به اليئنه نصا من ابن اوردته في نهايته واطال في الكلام عليه في سوء ادب والظاهر ان ما في المبسوط غير ما في النهاية لانه في المبسوط قسم ضمان المجهول الى غير واجب كضمنت لك ما تعامل فلانا ثم قال والمجهول الذي هو واجب مثل ان يقول انا ضامن لما يقضي به القاضي على فلان أو ما تشهد لك اليئنه من المال عليه أو ما يكون مثبتا في دفترك وهذا لا يصح لانه مجهول وان كان واجبا في الحال وقال قوم من اصحابنا انه يصح الى آخر ما سمعته آنفا والظاهر ان مراده انه ضمن بهذه الصيغة ولم يعلم الضامن ثبوته في الذمة وأنه كان ثابتا في الواقع فبطلانه عنده لمكان الجمالة الموجبة للغرر كما مر وكلامه في النهاية نص أو ظاهر فيما عليه المفيد والمشهور من انه اذا ضمن له ما في ذمته انه يلزمه ما تقوم اليئنه على ثبوته وقت الضمان لانه الذي في ذمته حينئذ وهو الذي فهمه منه الجماعة وحكوه عنه كما مر مفصلا وانما استشكل فيه في التحرير فتكون المسئلتان مختلفتين موضوعا وحكما قال في (النهاية) ولو قال أنا أضمن ما ثبت لك عليه ان لم آت به في وقت كذا ثم لم يحضره وجب عليه ما قامت به اليئنه للمضمون عنه الى آخره نعم لو كان في النهاية يثبت مكان ثبت كما في نسختين منها اتجه كلام ابن ادریس والعجب من المصنف في المختلف انه لم ينبه على ما ذكرنا (وأجاب) بأن عدم النص لا يقتضي عدم الدليل لعدم انحصار الدلائل في النص لجواز ان يكون شيئا مستنبطا من النص أو دليلا عقليا وجاز ان يقف عليه بعد ذلك الى آخره وأنت خبير بأن النهاية متون أخبار وان تصنيف المبسوط بعدها كما نص على الامر في خطبة المبسوط فلا يصح الجوابان الاخيران وكأن نستخذه فيها يثبت مكان ثبت واذا كان كذلك لا يصح منه اختيار مذهب النهاية أولا والاستدلال عليه وقوله بعد ذلك بثلاث مسائل انه لا يصح ضمان ما تقوم به اليئنه حيث لا يعلم ثبوته وقت الضمان لانه ضمان ما لم يجب فتأمل جيدا قوله 

ويصح البراء من المجهول ولو قال ضمنت من واحد الى عشرة احتمل لزوم العشرة
وثمانية وتسعة باعتبار الطرفين (متن)

﴿ ويصح البراء من المجهول ﴾ عندنا كما في التذكرة قال لانه اسقاط عما في الذمة بل هو أولى من ضمان المجهول لان الضمان التزام والبراء اسقاط (قلت) غرضه انه مبني على القين والمساحة اذ هو اسقاط محض بلا عوض وفي (جامع المقاصد) انه لا بد من قصده الى البراء من المجموع قليلا كان أو كثيرا فلو ظن قلته فإن كثيرا لم يقع فعلى هذا لو عرف من عليه الحق قدره عرفه صاحبه فان لم يفعل وأبرأه منه كائنا ما كان فانه يبرأ والا ففيه تردد ويرشد الى ذلك انه ذكر في التذكرة في تذييب المسئلة انه لو اختاب شخص غيره ثم جاء اليه وقال اني اغتبتك فاجعلني في حل ففعل وهو لا يدري بما اختابه فلشافعية وجهان أحدهما انه يبرأ لان هذا اسقاط محض كما لو عرف ان عبدا قطع عضوا من عبده ولم يعرف عين المصنوع المقطوع فنفى عن القصاص صبح والثاني لا يصح لان المقصود حصول رضاه والرضا بالمجهول لا يمكن والعفو عن القصاص مبني على التغليب واسقاط المظالم غير مبني عليه ولم يرجح احد القولين في التذكرة ولعل تفصيل المحقق الثاني المتقدم متجه هنا ولملم الهدى كلام في نحو المقام وقضيته انه لا بد من بيان الحق في الجملة كأن يقول اني اغتبتك في عرضك أو نحو ذلك وهل هو محض اسقاط أو تملك ظاهر التذكرة اجماعا على انه اسقاط لا تملك فلو كان له دين على اثنين فقال أبرأت احدهما فعلى قولنا بانه اسقاط يصح ويطلب بالبيان وعلى القول بانه تملك لا يصح كما لو كان في يد كل واحد منهما ثوب فقال ملكت احدهما الثوب الذي في يده ومنه يعلم ما اذا قال أبرأت بعض الدين الذي عليك وعلى التقديرين لا يحتاج الى القبول لانه وان كان تملكاً لكن المقصود منه الاسقاط وقد اتفق الفقهاء على بطلان البراء عما ليس ثابتا في الذمة وانما صح في المتطبب والمتبيطر للضرورة ولهم أشكال واختلاف فيما اذا عني عن سرية الجناية وقد بينا ذلك كله في باب القصاص وقد بينا هناك ان العفو والبراء بمعنى واحد وقد عبر عن البراء بالتصدق في الكتاب المجيد كقوله جل اسمه (فمن تصدق فهو خير له) وعبر عن العفو بالتصدق كقوله جل شأنه (ومن تصدق فهو كفارة له) والبراء لا يقبل التعليق الا اذا كان مقوما له كما اذا قال اذا كان له عليك دين فقد أبرأتك منه ~~قوله~~ ولو قال ضمنت من واحد الى عشرة احتمل لزوم العشرة وثمانية وتسعة باعتبار الطرفين ﴿ أصل الضمان صحيح كما في التذكرة والتحرير لاننا ان اطلقنا ضمان المجهول قائما هو للغرر ومع بيان الغاية ينتفي الغرر فينتفي المقتضي للفساد فيبقى أصل الصحة مالمّا عن المعارض لانه حيث وطن نفسه على تلك الغاية لم يبق غرر فأمل وعلى القول بصحة ضمان المجهول فالوجه واضح وحيث قلنا بالصحة وكان عليه عشرة أو أكثر فيحتمل أن تلزمه العشرة ادخلا للطرفين كما هو المتعارف يقال أعط من واحد الى عشرة ونخذ من واحد الى عشرة وان تلزمه ثمانية اخراجا للطرفين لان المشهور عند الاصوليين خروج الغاية وخروج الابتداء اذا كان مدخولا لمن وان تلزمه تسعة ادخلا للطرف الاول لانه مبدأ الالتزام أو اخراجا له لانه مقرون بمن وادخلا للطرف الثاني لان الغاية في مثل هذا تدخل عرفا أما لو قال ضمنت لك مائين درهم وعشرة فان عرف أن دينه لا ينقص عن عشرة صح ضمانه وكان ضامنا لثمانية وان عرف نقصانه ضمن الثمانية فما دون وأما اذا قال مائين واحد الى عشرة كما قال عليه السلام في الترح ما بين

المطلب الثاني في الاحكام الضمان ناقل وان لم يررض المديون فلو ابرأه المستحق بعهده لم يبرأ الضامن ولو ابرأ الضامن برثا معا ولو ضمن الحال مؤجلا تأجل وليس للضامن مطالبة المديون قبل الاداء واذا مات حل ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الاجل ولو كان الاصل مؤجلا لم يكن لهم ولومات الاصيل حيثنذ خاصة حبر الحاكم من التركة بقدر الدين (متن)

الثلاثين الى الاربعين فلا يجوز أن يراد بين الوسط فقط لانه لا بد من تقدير معادل على انه لو اريد به ذلك وقتنا ان الاطراف خارجة كان الواحد خارجا قطعا والطرف الثاني ما فوق الواحد يكون خارجا لانه طرف وداخلا من حيث انه وسط وهو كما ترى فلا بد من أن يراد بين الاطراف والوسط فيصير المراد ضمن ما فوق الواحد منتهيا الى العشرة فان دخلت الغاية كان المضمون تسعة والا فثمانية فتأمل

(المطلب الثاني في الاحكام) قوله (الضمان ناقل وان لم يررض المديون) بدليل اجماع الطائفة كما في الغنية وعند علمائنا اجمع كما في التذكرة وواقنا من العامة ابن أبي ليلى وابن شبرمه وداود وأبو ثور وقال الشافعي والباقون هو بالخيار في مطالبة أيهما شاء وخبر ضمان أمير المؤمنين عليه السلام وخبر ضمان أبي قتادة يدلان على ذلك وخبر عطاء عن الباقر عليه السلام صريح في ذلك وقد تقدم ذلك كله قوله (فلو ابرأه المستحق بعهده لم يبرأ الضامن) لان الحق سقط عن ذمة الاصيل فلا يصادف الابراء استحقاقا فلا يكون صحيحا قوله (ولو ابرأ الضامن برثا معا) عند علمائنا كما في التذكرة لان الضمان عندنا ناقل للدين من ذمة الاصيل الى ذمة الضامن وليس للضامن أن يرجع على المضمون عنه الا بما آداه فاذا سقط الدين عنه لم يؤد شيئا فلم يرجع بشيء فيبرئان معا - قوله (ولو ضمن الحال مؤجلا تأجل) هذا هو الموضع المتفق على جوازه كما في المسالك وقد تقدم بيان ذلك وأعادته لئنه على حكم المطالبة - قوله (وليس للضامن مطالبة المديون قبل الاداء) لانه اذا ضمن حالا فليس له المطالبة الى أن يؤدي فيها أولى قوله (واذا مات حل ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الأجل) قد تقدم أن الميت يحمل ماعليه من الديون المؤجلة بموته وهذا من جملة أفرادها فاذا ضمن الحال مؤجلا ثم مات قبل الأجل حل ماعليه من مال الضمان وأخذ من تركته وجاز للورثة مطالبة المضمون عنه لان الدين عليه حال لان المؤجل هو الدين الذي في ذمة الضامن لا الذي في ذمة الا أن الضامن لا يستحق الرجوع الا بالاداء ولما كان موته مقتضيا لحلول دينه فاذا أخذ من تركته زال المانع من مطالبة المضمون عنه ومثله ما لو دفع الضامن الى المضمون له الحق قبل الأجل ماخياره فان له مطالبة المضمون عنه كما نبه على ذلك في المبسوط والتحرير والتذكرة وصرح به كله في جامع المقاصد والمسالك والوجه في الجميع واضح قوله (ولو كان الاصل مؤجلا لم يكن لهم) أي لو كان الدين مؤجلا على المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك فانه بحلوله عليه بموته لا يحمل على المضمون عنه لان الحلول عليه لا يستدعي الحلول على الآخر كما لا يحمل المؤجل لو ضمنه الضامن حالا باذنه كما سبق وبذلك صرح في المبسوط والتذكرة والتحرير قوله (ولومات الاصيل حيثنذ خاصة حبر الحاكم من التركة بقدر الدين) لو مات المضمون عنه فلا عبرة بموته هنا من جهة الحلول وعدمه والمطالبة وعدمها اذا لم يؤد الضامن وان هناك حكم آخر وهو التحجير على الوارث بقدر

فان تلف فن الوارث كما أن النماء له ثم إن الضامن ان تبرع لم يرجع على المديون وان أذن له في الاداء والا رجع بالاقبل من الحق وما أداه وان أبرأ ولو أبرأ من الجميع فلا رجوع وان لم يأذن له في الاداء (متن)

الدين ومنعه من التصرف فيه حذرا من أن يضيع على الضامن ما يؤديه بعد الحلول فيضعه الحاكم عند ثقة حتى يحل الأجل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تلف فن الوارث كما أن النماء له ﴾ لان المفروض أن الدين لم يستوعب التركة والا لكان النماء على حكم مال الميت عندنا وقد تقدم الكلام في ذلك مستوفى في باب الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ثم الضامن ان تبرع لم يرجع على المديون وان أذن له في الاداء ﴾ أحكام رجوع الضامن وعدمه بالنسبة الى كون الضمان والاداء معا باذن المديون أو أحدهما أو عدم الاذن فيهما أربعة وقد نبه المصنف عليها كلها وذكر هنا قسمين ضمانه بنير اذنه وأداؤه بنير اذنه وضمانه بنير اذنه وأداؤه باذنه والحكم أن لا رجوع له عليه في القسمين عند علمائنا أجمع كما في المسالك والمفاتيح وعند علمائنا كما في التذكرة وكذا جامع المقاصد وقال في (الغنية) ولا يرجع الضامن على المضون عنه بما ضمنه اذا ضمن بنير اذنه ثم ادعى الاجماع عليه وهو باطلا فله يتناول القسمين ونحوه في ذلك الاجماع الظاهر من نهج الحق وفي (الرياض) نفى وجود الخلاف في القسمين وفي (السرائر) نفى الخلاف عن الاول واستدل عليه في الخلاف وغيره بأنه لو كان الدين باقيا لم تبق قائمة في ضمان أمير المؤمنين عليه السلام وأبي قتادة عن الميت من جهة صلوته صلى الله عليه وآله وسلم وحصول التبريد وفك الرهان مضافا الى اصابة البراءة واستدل عليه في السرائر أيضا بأنه قد قضى دين غيره بنير اذنه فلا يرجع عليه وعلى الثاني بأنه التزم وضمن متبرعا وانتقل المال الى ذمته فلا تأثير لاذنه في القضاء عنه لان ما قضاه بعد الضمان انما هو عن نفسه لا عن غيره لانه واجب عليه دونه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا رجع بالاقبل من الحق وما أداه وان أبرأ ولو أبرأ من الجميع فلا رجوع وان لم يأذن له في الاداء ﴾ أي وان لم يتبرع بالضمان بل ضمن بسوءاله وأمره وتحمته قسمان يتدرجان في العبارة بوصلية قوله وان لم يأذن بقوله والا رجع (الاول) أن يؤدي باذنه (والثاني) أن يؤدي بنير اذنه وفيهما يرجع عليه لكنه انما يرجع بأقل الامرين من الحق المضون وما أداه أما رجوعه في القسمين ففي الغنية والتذكرة والمسالك والمفاتيح الاجماع عليه ونحوه الاجماع الظاهر من الكفاية حيث نسبته الى الاصحاب وفي (الرياض) نفى الخلاف عن القسمين وفي (السرائر) نفى الخلاف عن القسم الاول ويدل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة عن الحسين بن خالد قال قلت لأبي الحسن عليه السلام قول الناس الضامن غارم قال فقال ليس على الضامن غرم الغرم على من أكل المال وهو ظاهر في الرجوع محمول على ما اذا كان الضمان باذن المضون عنه وما رواه الشيخ بإسناده عن عمر ابن يزيد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه قال ليس له الا الذي صالح ورواه الكليني عن عمر ابن يزيد في الموثق ورواه ابن ادريس في مستطرفات السرائر من كتاب عبد الله بن بكير قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح على بعض ما ضمن عنه قال ليس له الا الذي صالح عليه وهو ظاهر في الرجوع محمول على الاذن في الضمان مضافا الى ما أرسله في السرائر حيث قال وردت به الاخبار عن الأئمة الاطهار صلى الله عليهم آتاء الليل وأطراف النهار وقد تأمل المولى الاردبيلي فقال الاذن في الضمان لا يدل على قبول اداء الدوض بشي من الدلالات

والاصل عدمه الا أن تدل قرينة حال أو مقال على ذلك كما في لزوم الاجرة على من أمر شخصا بفعل له أجره عادة ولهذا قال في التذكرة لو قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع وكذا لو قال اعتق عبدك أو ألق متاعك في البحر عند خوف الفرق إلا أن يضم اليه ما يدل على قبول العوض مثل قوله عني في الاولين وعلي ضمانه في الثالث ثم قال ولي في اللزوم مع انضمام قوله عني أيضا تأمل وإن قالوه إلا أن ينضم اليه قرينة ويعلم من التذكرة الاجماع على الرجوع مع الاذن في مجرد الضمان فتأمل انتهى وكلامه ناش عن عدم وقوفه الا على اجماع التذكرة وعدم وقوفه على الاخبار المذكورة (وليعلم) انه لا فرق في ذلك بين أن يقول المضمون عنه اضمن عني أو أقعد عني أو قال اتقد أو اضمن كما هو صريح التحرير وظاهر الباقيين ويأتي لهم في باب الجمالة فيمن استدعى الرد ولم يبدل أجره ما يشهد للمولى الاردبيلي وأما انه يرجع بأقل الأمرين من الحق المضمون وما أداه فهو الذي صرح به في المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والتذكرة والمختلف واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان وغيرها وهو المشهور كما في المختلف والمفاتيح وقال في (الكفاية) قالوا وبه وردت الاخبار عن الائمة الاطهار صلوات الله عليهم أجمعين كما في السرائر وعد من ذلك خبر عمر بن يزيد وقال ان المضمون عنه جعل الضامن كالوكيل في قضاء دينه فإن لم يكن وكيلًا على الحقيقة فهو كالوكيل فلا يرجع الوكيل على موكله الا بما غرمه وصالح عليه فحسب فأما ان كان زائدا على مقدار الدين فلا يلزمه بغير خلاف وإن كان على مذهبن أن المال قد انتقل الى ذمة الضامن الى آخر ما قال وفي (المسالك) الضابط انه يرجع بأقل الأمرين في كل موضع له الرجوع ولا فرق عندنا في رجوعه بالبعض الذي أداه بين كون الزائد سقط عنه بإبراء المضمون له أو غيره خلافا لبعض العامة وظاهره الاجماع على ذلك ووجهه انه اذا كان الحق أقل فلانه هو الواجب ادائه من غير زيادة فالزيادة تبرع واذا كان ما أداه أقل من الحق فلان الضامن إنما يرجع بعد الاداء فلا يرجع بما لم يوده (ويؤيده) ان الضمان موضوع للارفاق والرجوع باكثر مما دفع مناف له والاصل في ذلك النصوص الناطقة بانه ليس له الا الذي صالح عليه وهي مبنية على انه أقل الأمرين كما هو الغالب والظاهر من المصلحة والا فلو كان ذلك قدر الحق كان اداء الدين ولا يحتاج الى صلح والمخالف إنما هو ابو علي فيما حكى عنه من انه أن صالح قبل وجوب الحكم على الضامن بالمال الذي ضمنه لم يكن له الا قيمته أو قدر ما اعطاه وإن كان بعد وجوب الحكم كان له الرجوع باصل الحق والحكم في كلامه عبارة عن المطالبة والحكم عليه بوجوب الدفع وهو شاذ مخالف للأخبار والأخبار والأصول مع عدم الدليل على الزائد لاختصاص الفتاوى والاجامات والاخبار بما أداه خاصة ولا اجد خلافا في انه لو ضمن عشرة فادى خمسة وأبرأه رب المال عن الباقي لم يرجع الا بالخمسة وتسقط الخمسة الاخرى عن الاصل وظاهر التذكرة والمسالك الاجماع عليه حيث قالوا فيها عندنا ولا في أنه لو أبرأه من الجميع فلا رجوع له بشيء أصلا ولا في أنه اذا أدى عرضا رجع بأقل الأمرين من قيمته ومن الحق سواء رضي المضمون له به عن الحق من غير عقد أو يصلح وقد قرب جماعة منهم المصنف في التذكرة بانه لو أدى الضامن جميع الدين ثم وهبه الدين بعد الدفع اليه كان له الرجوع عليه ثم عد الى عبارة الكتاب قوله وأن أبرأ فهو بصيغة المجهول أي أبرأه المضمون له وقوله وإن لم يأذن له في الاداء متصل وصلي

ويصح ترامي الضمان ودوره واشتراط الاداء من مال بعينه فان تلف بغير تفريط ففي بطلان الضمان اشكال ومع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الارش بالجاني فيرجع على الضامن وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه (متن) .

لقوله والارجع بالاقل وما ينهيا من قوله ولو أبرأ من الجميع مقترض قوله ويصح ترامي الضمان كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح والكفاية ومجمع البرهان وفي الاخير ان الظاهر عدم الخلاف فيه عند الاصحاب وفي (المسالك) لاشبهة في جوازه ما امكن لاطلاق النص وعدم المانع لتحقق الشرط وهو ثبوت المال في ذمة المضمون وهو هنا كذلك ويرجع كل ضامن بما اداء على مضمونه لا على الاصيل اذا ضمن باذنه الى آخر ما يعتبر ثم يرجع الضامن الاول على الاصيل بالشرط ولا عبرة باذن الاصيل الثاني ومن بعده في الضمان فلا يرجع عليه به اذ لاحق عليه الا أن يقول له ضمن عنه ولك الرجوع على فتأمل قوله ودوره كما في السرائر والتحرير والمختلف والحواشي وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والكفاية وظاهر السرائر وكذا مجمع البرهان الاجماع عليه لما ذكر كأن يضمن الاصيل ضامنه أو ضامن ضامنه وأن تعدد فيسقط بذلك الضمان ويرجع الحق كما كان اذا كان الفرع مأذونا اما لو كان الفرع متبرعا ثم ضمنه الاصيل باذنه فانه اذا ادى الاصل رجع على ضامنه الذي تبرع بالضمان عنه والمخالف الشيخ في المبسوط محتجا باستلزامه صيرورة الفرع اصلا والاصل فرعاً وبعدم الفائدة (ورد) بان الاختلاف بالاصلية والفرعية لا يصلح المانعة والفائدة موجودة بان يضمن الحال مؤجلاً وبالعكس وبانه لو وجد المضمون له الاصيل الذي صار ضامناً معسراً فان له التمسك والرجوع الى الضامن السابق وقد عرفت الحال فيما اذا ضمن الفرع متبرعا قوله واشتراط الاداء من مال بعينه فان تلف بغير تفريط ففي بطلان الضمان اشكال ومع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الارش بالجاني فيرجع على الضامن وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه هذا الفرع من متفرعات الكتاب والتذكرة اما صحة اشتراط الاداء من مال بعينه من الضامن والمضمون له فلعنوم قوله صلى الله عليه وسلم المؤمنين عند شروطهم ولتفاوت الاغراض في اعيان الاموال وبه صرح في التذكرة وجامع المقاصد ولا بد من ان يكون المال المشروط لاداء منه مملوكاً للضامن ليكون الشرط مقدوراً (وقد يقال) انه لا بد من ان يكون غير متبرع بالضمان والا لم يتوجه الاشكال وفيه نظر ومنشأ الاشكال في البطلان فيما اذا تلف بغير تفريط الضامن من ان الاداء انما يجب من ذلك المال بالشرط وقد تعذر ولا سبيل الى سقوط الدين فيتين بطلان الضمان لانحصار الاقسام في ثلاثة وقد بطل الأولان ومن ان الضمان ناقل ولا منافاة بين ثبوته في الذمة واشتراط الاداء من مال بعينه كما ذكر ذلك كله في جامع المقاصد وهو يرجع الى ما في الايضاح من انه ينشأ من ان تعلقه بالمال هل هو كتعلق الرهن لانه نقل المال من ذمة الى ذمة او كتعلق الجناية بقرينة العبد لانه انما يجب الاداء من هذا المال لصحة الشرط وقد قويا عدم البطلان وستسمع كلام الشهيد وقرب في التذكرة البطلان وكيف كان ينبغي أن يكون ذلك المال المشروط بقدر الدين فصاعداً فلو نقص تطرق احتمال عدم لزوم ما زاد عنه من الدين واحترز بتلفه بغير تفريط عما اذا فرط فانه حينئذ يلزمه الدين المتعلق به بتفريطه ولما كان مبنى الاشكال على ما ذكره في الايضاح من ان وجه الصحة

وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على اشكال (متن)

ان تعلقه كتعلق الرهن ووجه البطلان انه كتعلق الارش كان الشق الاول هو الصحة وبه تشريع عبارة الكتاب والشق الثاني البطلان قال المصنف ومع عدمه أي عدم البطلان وهو الصحة يتعلق به تعلق الدين بالرهن ومعناه انا لو قلنا بالاول وهو عدم البطلان بعد فرض تعلقه يلزمنا أن نقول انه حين الاشتراط كان تعلقه به تعلق الدين بالرهن فيرجع المضمون له على الضامن وليس كتعلق الارش فكان معنى العبارة منتظماً احسن انتظام وقال أي المصنف وعلى الثاني أي على القول بالبطلان يرجع على المضمون عنه لان الاداء انما يجب من ذلك المال عملاً بالشرط وقد تعذر ولم يسقط الدين فتعين بطلان الضمان ويرجع الحق كما كان وعلى هذا التوجيه الظاهر من العبارة يندفع عنها جميع ما اورده عليها من المقاسد المحقق الثاني في جامع المقاصد قال في قوله ومع عدمه المتبادر عود الضمير في عدمه الى البطلان لقربه لكن الحكم يكون تعلق الدين به كتعلقه بالرهن بعد فرض تعلقه غير منتظم مع ان فيه فساداً آخر وهو انه على تقدير عدم البطلان كيف يتصور الرجوع على المضمون عنه على تقدير كون التعلق كتعلق الارش (قلت) ما كنا لنؤثر ان يقع مثله من مثله لانك قد عرفت انتظام المعنى والعبارة وقد عرفت أن الرجوع على المضمون عنه انما هو على تقدير البطلان وهو الشق الثاني ثم قال أن اصح الاحتمالين انه كتعلق الدين لان الدين موضعه الذمة والارش ليس ديناً وقال وعلى هذا لا يكون للاشكال وجه بل الوجه الجزم بالعدم وانت خير بان المصنف انما استشكل من جهة الشرط الذي دل على صحته عموم الخبر وتفاوت اغراض الناس فقام احتمال أن التعلق كتعلق الارش ولذلك قرب في التذكرة البطلان والشهد في حواشيه قال ان منشأ الاشكال الشك في تعلق الضمان بذلك المال في ذمته وكأنه يريد انه قل ما في ذمة المضمون عنه بعوض لم يسلم للمضمون له والمفروض أن الضمان باذنه ثم انه في جامع المقاصد فسر قوله وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه بانه على تقدير الصحة وكون التعلق كتعلق الارش برقة الجاني (واعترضه) بانه على هذا التقدير يجب أن لا يبقى في ذمة المضمون عنه شيء فكيف يعود الى الذمة بالتلف (قلت) انت قد عرفت ان المراد بالثاني الشق الثاني من الاشكال وهو البطلان فلا يبقى للاعتراض وجه ~~قوله~~ وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على اشكال ومثل ذلك قال في (التذكرة) وكذا ولله في الايضاح حيث لم يرجح ومعناه انه يرجع المضمون له على المضمون عنه لو ضمن الضامن الدين مطلقاً أي لم يشترط الاداء من مال بعينه ثم مات معسراً وجعل منشأ الاشكال في جامع المقاصد من انه لو لا ذلك لضاع الدين ومن انتقال المال بالضمان الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه فلا يعود (ورده) باننا نمنع من أن المال ضايع بذلك بل هو باق وان تعذر الاخذ في الدنيا ولو سلم فلا نسلم امتناع ضياع المال اذ لو مات المديون معسراً ضاع الدين ثم قال والحق ان لا وجه لهذا الاشكال عندنا نعم على القول بأن الضمان ليس ناقلاً فيرجع على المضمون عنه لكن لا يجيء الاشكال على هذا التقدير أيضاً (قلت) كلامه متجه فيما اذا ضمن تبرعاً واما اذا ضمن باذنه فلا يكون احد وجهي الاشكال لزوم ضياع المال بل يكون منشأ الاشكال من ان ضمان الضامن بمنزلة الاداء أو بمنزلة التحمل عنه كما في حواشي الشهيد أو يكون منشأه من انتقال المال الى ذمة الضامن ومن انه تمليك ما في ذمة المضمون عنه بعوض في ذمته ولم يسلم كما في الايضاح

ولو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجع الضامن بتمام القيمة لانه يرجع بما أدى ويحتمل بالثمن خاصة لأنه الذي قضاءه وللضامن مطالبة الاصيل ان طوالب كما أنه يفرضه ان غرم على اشكال وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة ومن أدى دين غيره من غير ضمان ولا اذن لم يرجع (متن)

وكان الاولى التعبير بغير التملك وان اراد الضامن ﴿ قوله ﴾ ولو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجع الضامن بتمام القيمة لانه يرجع بما أدى ويحتمل بالثمن خاصة لانه الذي قضاءه ﴿ كما ذكر ذلك كله في التذكرة ﴾ (وتصور المسئلة) أن تفرض أن الحق مائة وقيمة المال المشروط في عقد الضمان الاداء منه باعتبار الزمان والمكان مائة ولكنه بيع بتسعين لعدم الراغب وقد صالح الضامن المضمون له بهذه التسعين عن المائة المضمونة كجانبه عليه الشهد فهل يرجع الضامن على المضمون عنه بالمائة التي هي قيمة المتعلق أو بالتسعين التي بيع بها خاصة وقد استجوده الشهد الثاني وقال المحقق الثاني أن الحق بطلان الاول اصلا لكنه فرض المسئلة فيما اذا لم يصالح عن التسعين بالمائة ورده من وجهين (الاول) انه انما يرجع بما أدى اذا كان قدر الدين أو اقل وليس كذلك هنا (الثاني) انما يمنع انه أدى المال أو قيمته وانما أدى ما بيع به انتهى فتأمل ثم قال ولو فرض ذلك فيما اذا كان الدين بقدر القيمة فصالح بالتقدير الذي بيع به عن ذلك الدين لا يمكن تخيل هذا الاحتمال تخيلا ضعيفا وأشار بذلك الى ما حكيته عن الشهد والتصحيح أولى من الابطال أصلا هذا وقد تقدم أن الزمان والمكان انما هما باعتبار الطالب ولا تنفل عما تقدم من أنه لو نقص تطرق احتمال عدم لزوم الزائد من الدين ﴿ قوله ﴾ وللضامن مطالبة الاصيل ان طوالب كما أنه يفرضه ان غرم على اشكال ﴿ يريد أن المضمون له اذا طالب الضامن فهل للضامن مطالبة المضمون عنه اذا ضمن بأذنه اشكال عند المصنف هنا من أنه كما ثبت له استحقاق التفريم اذا غرم فله استحقاق المطالبة اذا طوالب ومن أن المطالبة فرع استحقاق المال وهو انما يستحق بعد الاداء لان المال في ذمة الضامن ولا شيء في ذمة المضمون عنه لكنه بالاداء يحدث الاستحقاق وهو خيرة التذكرة والابضاح وجامع المقاصد والاول خيرة التحرير وكذا المبسوط لانه جوز له المطالبة وان لم يطالبه المضمون له فبالاولى أن يجوزها هنا هذا وقوله على اشكال متعلق بمطالبة وقوله كما أنه يفرضه اذا غرم معترض بينهما وهو دليل أحد طرفي الاشكال ﴿ قوله ﴾ وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة ﴿ معناه أنه ليس للضامن مطالبة المضمون عنه بالمال المضمون بأن يدفعه اليه ليدفعه الى المضمون له أو يدفعه الاصيل الى المضمون له وهو المراد بالتخليص وهو خيرة القاضي والمختلف وجامع المقاصد مصرحا في الاخير بلفظ القطع الجاري مجرى الاجماع وخيرة المبسوط كما عرفت آنفا ان له ذلك ولم يرجع في التذكرة (قلت) اذا قلنا أن ليس له مطالبته فلا ريب أن له أن يقول للمضمون له اما أن تطالبني أو تبرأني وذكر التخليص في هذه دون تلك لا لأنه مختص بهذه بل هو جار في تلك لانك قد عرفت معناه وقد عبر به في المبسوط في المستثنين ﴿ قوله ﴾ ومن أدى دين غيره من غير ضمان ولا اذن لم يرجع ﴿ كما في التذكرة وجامع المقاصد والتحرير وفي الاخير وان كان من نيته الرجوع لانه متبرع بفعله وهذا يأخذونه في أبواب الفقه مسلما ومانسبوا الخلاف في ذلك الا لما لك فانه

وان أداءه باذنه بشرط الرجوع رجع ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه اذ ليس من ضرورة الاداء الرجوع وثبوته للعادة ولو صالح المأذون في الاداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع ان قال أد ديني أو ما علي بخلاف أد ما علي من الدراهم ان علق بالاداء وعدمه لانه أذن له في الاداء لا الصلح (متن)

جوز الرجوع الا اذا أدى العدو دين عدوه حذرا من التسلط عليه بالمطالبة وفي (التذكرة وجامع المقاصد) انه بخلاف ما لو أجر طعامه المضطر فانه يرجع عليه وان لم يأذن المضطر لانه ليس متبرعا بذلك لانه واجب عليه (قلت) يبقى عليهما سؤال الفرق بين ما اذا القي متاع نفسه في البحر لتخليص غيره من الفرق وهو غير خائف على نفسه كأن كان في سفينة أخرى لا خوف عليها فانهم قالوا في باب الديات لا رجوع له على احد واقصى ما فرقوا به هناك ان المطعم مخلص لا محاله وملقي المتاع غير دافع لخطر الفرق لانه بمحتمل ان يفرق حينئذ وان لا يفرق وقد اوردنا عليهم هناك ما اذا قطع بنجاتهم وقتلنا لهم يلتزمون او يفرقون بالمباشرة في المضطر وعدمها في اصحاب السفينة وتام الكلام قد استوفينا هناك قوله ﴿ وان أداءه باذنه بشرط الرجوع رجع ﴾ كما في التذكرة وقال في (التحرير) فان أداءه باذنه مع نية الرجوع فانه يرجع قوله ﴿ ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه اذ ليس من ضرورة الاداء الرجوع وثبوته للعادة ﴾ ومثل ذلك قال في التذكرة وأيد الاول في جامع المقاصد بأن الاذن في الاداء أعم من اشتراط الرجوع والعام لا يدل على الفرد المعلن باحدى الدلالات الثلاث (ثم قال) ان الحق ان العادة ان كانت مضبوطة في أن من أذن في الاداء يريد به الرجوع ويكتفي بالاذن مطلقا استحق الرجوع والا فلا (قلت) قد يفرق بين ما اذا ابتدأ بالسؤال كأن يقول له أد عني ديني وبين أن يقول له أحب أن أقضي عنك دينك ونحو ذلك ولعل العادة قاضية بالفرق بين هذين وفي (التحرير) انه اذا أداءه باذنه فالوجه انه يرجع مع عدم نية الرجوع وامل قضيت ان الاذن في الاداء يقضي بالرجوع ما لم ينو القاضي التبرع قوله ﴿ ولو صالح المأذون في الاداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع الى أن قال أد ديني أو ما علي بخلاف أد ما علي من الدراهم ان علق بالاداء وعدمه لانه أذن له في الاداء لا الصلح ﴾ أي لو صالح المأذون له في أداء دين الاذن المشروط له الرجوع رب الدين على غير جنسه فهناك ثلاثة وجوه (أحدها) ان له الرجوع لان مقصوده براءة ذمته وقد حصل والخموصيات لا اعتبار بها وذلك اذا كان قد قال له أد ديني أو ما علي ولهذا لو حلف أن يؤدي دين شخص برأ بتخليص ذمته بالصلح عنه لانه هو الذي يقضي به العرف والحاصل ان هذا الصلح قد تضمن شيئين احدهما أداء غير الجنس والثاني براءة ذمته والاذن شامل لهما أما الاول فلان دفع غير الجنس عن الدين يصدق عليه انه أداء ولهذا يحاسب بقيمة وقت الدفع وان كان مثليا من غير احتياج الى عقد معاوضة فكان عرفيا وشرعيا وأما الثاني فظاهر وقد استوجه هذا الوجه في التحرير وجامع المقاصد وقواه في الايضاح لكن في الاول والاخير انه يرجع بأقل الامرين ولعله مراد الثاني والكتاب وغيره وقال في (التذكرة) ان الرجوع أصح وجوه الشافعية وستسمع عبارة التحرير (الثاني) الفرق بين أن يقتصر على قواه أد ديني أو ما علي فيرجع وبين أن يقول أد ما علي من الدراهم

ولو صولح الضامن عن مائة بما يساوي تسعين رجوع بالتسعين وكذا لو صولح بمحط قدر أو نقص صفة ولو صالح بالازيد رجوع بالدين ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس لا ما يتجدد له الفسخ بالتقابل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع ولو طالب بالارش فالأقرب مطالبة الضامن (متن)

إذا علق الجار بالاداء فيصير التقدير آذ من الدراهم ما علي منها فلا يرجع لأنه خالف الاذن وإذا خالف الاذن لم يرجع بل هو متبرع وظاهر الكتاب وغيره الجزم به والا فان علق بكائن أو ثابت ان جعلت ماموصولة أو علق بمحذوف على انه مع مجروره حال أو وصف لما كان الحكم فيه كالحكم فيما لو قال آذ ما علي لان الاداء المأمور به مطلق على هذه الوجوه الثلاثة وقد جعله في الايضاح تحقيقا ولعله ليس من التحقيق في شيء كما منسحق (الثالث) أن ليس له الرجوع اذا قال آذ ما علي لأنه إنما آذن له في الاداء دون المصالحة والاداء غير الصالح وغير مستلزم له فلا يستلزم الاذن فيه ومعنى الاداء رد مثله جنسا وقدرا لامتناع الحقيقة لان الذي عليه أمر كلي فيصار الى أقرب المجازات (وفيه) أنا نمنع ان هذا أقرب المجازة لان ارادة يراءة الذمة بهذا اللفظ أشيع في الاستعمال بل قد يدعى كونه حقيقة عرفية في ذلك كما في جامع المقاصد مضافا الى مامر والمقروض انه مشروط له الرجوع فكان هذا الوجه ضعيفا جدا ويرشد اليه الاجماع الذي في التذكرة على الرجوع مع الاذن في مجرد الضمان الآن قول بالفرق بين الاذن في الضمان والاذن في الاداء وفيه تأمل واضح وقد ذكر في التذكرة الاحتمالات الثلاثة من دون ترجيح وقال في (التحرير) ولو آذن لغيره في قضاء دينه فصالح المأذون على غير جنس الحق فالوجه رجوعه بأقل الامرين فأطلق ولم يفرق بين ذينك اللفظين المذكورين في الاحتمال الثاني وقد جعلناه احتمالا تبعا للتذكرة التي هي الاصل في ذلك والا فظاهر المصنف وغيره الجزم بعدم الرجوع ان علق الجار بالاداء وفيه على بعده وعدم تبادره من هذه اللفظة أنه لا يفيد قاعدة وإنما يحكم به مع العلم بالمراد ومع التنازع يرجع فيه الى أمور آخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صولح الضامن عن مائة بما يساوي تسعين رجوع بالتسعين ﴾ كما اذا صالحه المضمون له مراعاة له عن مائة درهم بعبد يساوي تسعين فانه يرجع بالتسعين لانه لم يغرم سواها ولموثقة عمر ابن يزيد عن رجل ضمن ضمنا ثم صالح عليه قال ليس له الا الذي صالح عليه وقد سمعت حال الخبر فيما غير ومثله الخبر الآخر والمستفاد منهما انه لا يجب على المضمون عنه أن يؤدي الى الضامن أكثر مما دفعه الى المضمون له وقد نفى عنه الخلاف وبعضه الاصل وعدم دليل على الزائد لاختصاص الفتاوى والاجماع التي هي العدة في الباب بما أداها خاصة وخلاف الاسكافي لا يلتفت اليه كما تقدم بيان ذلك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو صولح بمحط قدر أو نقص صفة ولو صالح بالازيد رجوع بالدين ﴾ لا فرق بين أن يدفع الاقل في القدر والوصف فلو ضمن ألفا صحيحة فدفع ألفا مكسرة ارفاقا به من المضمون له لم يكن له الرجوع بالمكسرة ولا بالصحيحة وإنما يرجع بما غرم وبالاقل منه ومن المال ولو انكس الفرض فضمن ألفا مكسرة فأدى ألفا صحيحة لم يكن له الرجوع بالصحيحة ولا ينفى النكته في بناء الاولين للمجهول والثالث للمعلوم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس لا ما يتجدد له الفسخ بالتقابل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع ولو طالب بالارش فالأقرب مطالبة الضامن ﴾

ولو فسخ لاستحقاق بعضه رجوع على الضامن بما قابل المستحق وعلى البائع بالآخر (متن)

هذا كله قد تقدم الكلام فيه مستوفى ما عدا حكم تلفه قبل قبضه فيما صرح فيه بأنه يرجع فيه المضمون له على البائع المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية وفي الاخير انه أشهر (قلت) لم نجد فيه مخالفا ولعله أشار بالاشهر الى ما في التذكرة من قوله ولو تلف المبيع قبل القبض بعد قبض الثمن انفسخ العقد فيطالب الضامن بالثمن ان قلنا ان البيع ينفسخ من أصله فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق وان قلنا ينفسخ من حينه فكالرد بالعيب وقد أراد بقوله بغير الاستحقاق ظهور الفساد من أصله بسبب فقد شرط من شروط صحته وبقوله فكالرد بالعيب ان فيه اشكالا لانه استشكل فيه من قبل هذا بلا فاصلة وفرع هذا عليه وهذا البناء مخالف لما عليه الاصحاب لانهم من غير خلاف بينهم على انه ينفسخ من حينه فيقدر دخوله في ملك البائع قبل التلف آنا ما ويكون التلف كاشفا عنه وعلى أن النماء في البين للمشتري وانما حكى احتمال الفسخ من أصله المصنف في التذكرة وجها وعليه يكون النماء للبائع وقال في (المسالك) واعلم أن في التذكرة بنى حكم تلف المبيع قبل القبض على أن التلف هل يطل العقد من حينه أو من أصله فعلى الاول لا يتناوله الضامن وعلى الثاني يتناوله فيطالب الضامن وتبعه على هذه الحكاية صاحب الكفاية وانت خير بأنه في التذكرة ما قال بأنه لا يتناوله الضامن على تقدير البطلان من حينه وانما استشكل كما عرفت الا أن نقول انها اراد ان جوزه وانه لم يبعد عن كلامهما أو انها اراد ما قواه في أول الباب وهذا أيضا لا وجه له مع تفريع ما نحن فيه على العيب الذي استشكل فيه ثم انه في المسالك ناقش ما في التذكرة قال انا وان حكنا بكونه مبطلاً من أصله لكن هذا حكم لاحق للضمان فان المبيع حاله كان مأكلا للمشتري ظاهرا وفي نفس الامر فلا يتناول الضامن الثمن لانه لم يكن لازما للبائع مطلقا وانما التلف الطاري كان سببا في حكم الله تعالى لعود الملك لصاحبه من أصله (قات) هذا خلاف الاصحاب بناء على احتمال انفسخ من أصله فاعترض مولانا المقدس الارديلي عليه في محله حيث قال الحكم بالبطلان من أصله وكونه ملكا للمشتري من حين العقد الى زمن التلف مما لا يجتمعان لان معنى كونه ملكا له الى الآن ان آثار الملكية مترتبة عليه وان النماء له ومعنى البطلان من أصله عدم ترتب تلك الآثار عليه قال والذي فهمه انه اذا قيل انه يطل من أصله انما يكون ذلك بأن تكون صحة البيع غير معلومة بل تكون معلقة بالبقاء الى حين القبض فكالبقاء الى القبض شرطا من شروط الصحة وعدمه مانعا أو ان ذلك يكشف عن ذلك قوله ﴿

﴿ ولو فسخ لاستحقاق بعضه رجوع على الضامن بما قابل المستحق وعلى البائع بالآخر ﴾ أما رجوعه على الضامن بما قابل المستحق فما لا خلاف فيه واما أنه يرجع على البائع خاصة بالآخر فقد يظهر من التذكرة الاجماع عليه حيث قال عندنا وهو المشهور كما في الكفاية وهو خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك لعدم تناول الضامن له والمخالف الشيخ في المبسوط فجوز الرجوع على الضامن بالجميع لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب (قات) وهذا يلزم صاحب الايضاح لانه جوز الرجوع على الضامن في الرد بعيب سابق وقد قرره في جامع المقاصد هناك فيلزمه هنا ويتبني أن يستشكل هنا في التذكرة كما استشكل هناك لكنه في المبسوط هناك

ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع دون الضامن والبائع ولو باع أو أقرض بشرط رهن عين أو مطلقاً فضمن تسليم الرهن لم يصح لأن الأصل لا يلزمه ذلك ولو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لم يصح لأنه ضمان ما لم يجب وفي ضمان البائع ذلك اشكال (متن)

ذكر الاحتمالين من دون ترجيح وقال هنا أن الصحيح أن الرجوع إلا أن يفرقوا بين الأمرين والظاهر أنهما من واحد لا نجد بينهما فرقاً فإن تبعض الصفة الذي هو سبب الفسخ كان موجوداً وقت البيع والمصنف في المختلف رد كلام الشيخ بأن سبب الاستحقاق هو الفسخ لا الاستحقاق الذي كان في بعضه وفيه نظر فتأمل وينبغي ملاحظة ما تقدم في الرد بالعيب **قوله** ﴿ ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع دون الضامن والبائع ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري فيرجع عليه لأعلى البائع لأن الثمن الذي تسلمه أخذه بحق ولم يطل البيع فيه ولا على الضامن لأن الذي ضمن عهده هو الثمن المدفوع للبائع **قوله** ﴿ ولو باع أو أقرض بشرط رهن أو عين مطلقاً فضمن تسليم الرهن لم يصح لأن الأصل لا يلزمه ذلك ﴾ أي لا يلزمه تسليم الرهن بناء على أن الشرط في العقد اللازم لا يجب الوفاء به لأنه يقلب اللازم جائزاً (قلت) قد تقدم أنه يلزم ويجب الوفاء به سلمنا لكن الجائز الثابت يصح ضمانه كالثمن في زمن الخيار فالحق في التوجيه كما في جامع المقاصد أنه لا يستحق العين وإنما يستحق الاستيثاق بها وذلك ليس بمال فيصح ضمانه **قوله** ﴿ ولو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لم يصح لأنه ضمان ما لم يجب ﴾ كما في المبسوط على ما حكى وستسمع ما وجدناه والشرائع والتحرير والمسالك لأنه حين الضمان لم يكن مستحقاً للأرض على البائع وإنما استحقه بعد القلع ولكن سببه كان موجوداً وقت الضمان وهو كون الأرض مستحقة للغير ومن ثم قال في المصنف أن الأقوى جوازه وكأنه مال إليه أو قال به في الروضة واحتمله في التحرير على ضعف وهو غير بعيد لما ذكر وليس الحاجة إليه وقضاء الضرورة به مضافاً إلى ما سيأتي ولم يرجح في التذكرة والمراد بدرك ذلك تفاوت ما بين قيمته ثاباً ومقلوعاً لو ظهرت الأرض مستحقة وقلع المالك غرسه وخرب بنيانه **قوله** ﴿ وفي ضمان البائع ذلك أشكل ﴾ إذا قلع المالك غرس المشتري وبناءه في الصورة المذكورة فلا ريب أن الرجوع على البائع بالأرض ضمن أم لم يضمن فلي هذا لو ضمن البائع ذلك فهل يصح الضمان استشكل المصنف هنا وجزم في المبسوط بعدم الصحة لأنه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب ونحوه ما في التحرير والايضاح والمسالك والروضة من أن الأقوى عدم الصحة وقرب في التذكرة الصحة وقال نمنع كون المضمون غير واجب وفي (الشرائع) أن الوجه الجواز أي الصحة قال لأنه لازم بنفس العقد ولعله أراد أنه إذا كان لازماً له وإن لم يضمن كان ضمانه تأكيداً (وفيه) أنه إذا صح ضمان البائع لاجتماع شرائط الضمان صح ضمان غيره وإن لم يصح ضمانه لا يصح ضمان غيره فما الوجه في تجويزه هذا ومنعه ذلك وضعفه في المسالك والروضة بأنه لا يلزم من ضمانه كونه بائعاً مسلطاً على الاتفايع مجازاً ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثاباً حال الضمان وهو معنى ما قلناه وتظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع فيبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته وقد بالغ في المبسوط حيث قال فإن شرطاً لذلك في نفس البيع بطل

ولو ضمن اثنان طولب السابق ومع الاقتران اشكال (متن)

البيع ولعله لمكان الجهالة قال وكذا لو شرطاه في مدة الخيار لا بعد اقتضائه وهو بناء على قوله بمسلم انتقال الملك قبل الخيار وكيف كان فليس الخلاف في ثبوت ذلك على البائع أم لا فإنه ثابت بغير أشكال كما في المسالك وإنما الاشكال في ثبوته بسبب الضمان وقد جعل منشأ الاشكال في الايضاح وحواشي الشهيد عن دعاء الضرورة اليه كالتق ماعك وعلي ضمانه ومن أنه ضمان ما لم يجب ولم يوجد سببه وأنت خير بأنه لا ضرورة في المقام لمكان الالتزام وإنما يتصور ذلك في الاجنبي وفي (جامع المقامد) ان الاشكال ان كان في ثبوت ذلك على البائع فلا وجه له لان ذلك واجب وان كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضاً ليكون مؤكداً فلا وجه له أيضاً لانه ضمان ما لم يجب بعد (قلت) لكنهم يقولون قد وجد سببه وهو العقد ودعت الضرورة اليه ويعنون كون المضمون غير واجب كما مر عن التذكر وقد عرفت مختارها ومختار الشرائع وما خالفها فيه أتى فيه بلفظ الاقوى ما عدى المبسوط وقد عرفت الثمرة فالاشكال لعله في محله وكيف كان فالمسئلة غير محررة ولعل مثله ما اذا ضمن البائع درك العيب (وليعلم) أن الشيخ في المبسوط إنما تعرض لهذا الفرع خاصة قال اذا ضمن البائع للمشتري قيمة ما يحدته في الارض التي اشتراها من بناء وغرس بالغة ما بلغت لم يصح ذلك لانه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب وكلاهما باطلان ولعله أراد بالقيمة الارض ولعلمهم لمكان التلازم بين المسئلتين كما أشرنا اليه آنفاً حكوا عنه عدم الصحة في الاولى أو ان في النسخة التي عندنا سقطاً ~~قوله~~ ولو ضمن اثنان طولب السابق ومع الاقتران اشكال (ضمان الاثنين اما أن يقع على التعاقب أو دفعة فان وقع على التعاقب فمن رضي المضمون له أولاً بضمانه انتقل المال الى ذمته وبطل ضمان الآخر سواء كان هو السابق أو اللاحق كأن يقول رضيت بضمان زيد السابق دون عمرو اللاحق أو بالعكس أو يقول رضيت بضمان زيد السابق ورضيت بضمان عمرو اللاحق أو بالعكس وأما اذا رضي بضمان كل واحد منهما دفعة كأن يقول رضيت بضمان كل واحد منكما انتقل المال الى ذمة الاول لانه اذا رضي بضمان كل واحد منهما فقد رضي بضمان الاول فينتقل المال اليه فلا يصادف ضمان الثاني ولا الرضا به حقا على المضمون عنه فيبطل وأما اذا وقع ضمان الاثنين دفعة فان وقع رضي المضمون له بضمان كل واحد على التعاقب كأن يقول رضيت بضمان زيد ورضيت بضمان عمرو صح ضمان من رضي بضمانه أولاً لا انتقال المال بالضمان ورضي المالك الى ذمته فلا يصادف الضمان الثاني ذمة مشغولة فيبطل وان وقع الرضا منه دفعة فهناك ثلاثة أقوال وأشكال (الاول) قول أبي علي وهو صحة الضمان فيطالب كل واحد بقسطه لا بالجميع فان كانا اثنين طالب كل واحد منهما بنصف المال ولو زاد وافيا لحصته بعد اعتبار العدد (وفيه) انه خلاف ما أراده الضامنان واقتضاء المقدان فيبطلان الا أن قول الاصل صحة الضمان ولا أولوية وانتقال المجموع الى كل من الذمتين ممتنع فوجب أن تقول انه انتقل الى كل واحد منهما ما يقتضيه التعاضد وهو كما ترى لا يجمع بين مقتضى العقدين (الثاني) التخيير في مطالبة من شاء منهما ومطالبة التهما معا ويسمى ضمان الاشتراك والافراد معا وقد جزموا به في باب الديات فيما اذا قال ألقى متاعك وعلي كل واحد منا ضمانه أو قال اني وكلا من الركبان ضامن وهو قول ابن حمزة في المقام قال في (الوسيلة) وينقسم الضمان قسمين آخرين ضمان افراد وضمان اشتراك ف ضمان الافراد ضمان جماعة

ولو ضمن كل من المدينين ما على صاحبه تما كست الاصاله والفرعية فيهما ان اجازهما ويتساقطان (متن)

عن واحد ويكون المضمون له الخيار في مطالبة المال من أيهم شاء على الافراد وعلى الاجتماع وضمان الاشتراك بالعكس من ذلك ولعل حجة التمسك بصحة العقدين قائما الاصل وقل الفخر والشهد عن المصنف في درسه المبارك الميمون توجيهه بأن مثله واقع في المبادات كالواجب على الكفاية وفي الاموال كالناصب من الناصب ونظر فيه في جامع المقاصد بأن العقدين المتنافيين يمتنع التمسك بصحةهما ووجه الثاني أن انتقال المال الى ذمة أحدهما يقتضي أن لا ينتقل الى ذمة الآخر شي فيكون ضمانه باطلا لا تنقضاء مقتضاه ولا نفي بالبطلان الا مالا يترتب عليه أثره وهذا يصلح جوابا عما ذكره المصنف اذ في الناصب من الناصب لم يثبت المال في ذم متعددة وانما وجب على من جرت يده على المضمون رده على مالكه عملا بصوم على اليد ما أخذت حتى تؤدي فان تعذر وجب البديل للعيولة وهذا لا يتفاوت الحال فيه بقاء العين وثقلها ومعلوم أنه مع بقائها لا تكون في ذمة أحد وانما الذي في الذمة وجوب الرد فظهر أن ليس هناك مال واحد في ذم متعددة ذلك أن قول اذا تعذر البديل للعيولة كان المال الواحد في ذم متعددة ولهذا اقره عليه ولله والشهد وظاهر الاول وصريح الثاني الرضا به (وقد أوردنا) عليه لزوم اجتماع العلل على معلول واحد اذ العلة في برائة ذمة المضمون عنه ضمان كل واحد (واجابا) بأنها معرفت أي امارات ليست باسباب وبان براءة ذمته معلولة لعدم علة الثبوت وهي الادانة مع عدم الضمان غيره وانتفاء عدم الكلي بوجوب جزئيات كثيرة جائز ومعناه أن عدم انتفاء الانسان بوجود زيد وبكر وعمر وخاله جائز فتأمل الا ان تقول ان هذا خرج عن الأصل في خصوص هذا الفرد للنص والأجما ف يقتصر عليه من دون تعد وبذلك يجاب عن الحال في السفينة لتطابق الفتاوى ممن تعرض له والضرورة (الثالث) البطلان للحصر في الامور الثلاثة وقد بطل اثنان فتمين الثالث وفي (المختلف) انه اقوى وفي (جامع المقاصد) انه اصح ومما ذكر يعرف وجه الاشكال فيكون دائرا بين الاقوال الثلاثة فيكون منشاؤه اصاله الصحة ووقوعه من اهله ومن اتحاد الحق ومن عدم الأولوية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضمن كل من المدينين ما على صاحبه تما كست الاصاله والفرعية فيهما أن اجازهما ويتساقطان ﴾ اذا كان لرجل على اثنين عشرة دراهم على كل واحد خمسة وضمن كل منهما ما على صاحبه فلا شك في صحة الضمان كما في المسالك وبه صرح في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة وغيرها وانتقال ما في ذمة كل منهما الى الآخر اذا اجاز المضمون له الضمان لكنه لم يقد شيئا عندنا في باب المطالبة لانه عندنا ناقل فكأنما في الدين والمطالبة كما كانا قبل الضمان اذا وقع ذلك دفعة لكن يصير كل واحد بضمانه فرعا وبمضمونيته اصالا فتعا كس الاصاله والفرعية فيصير كل واحد منهما فرعا بالجهة التي يكون بها الاخر اصالا فيتساقطان بعد اداء الدينين اذا كان ضمانهما بسؤال والمفروض اتها متساويان قدرا ووصفا ولم يتغير وصف الدين بالحلول والتأجيل فيقع التهاثر والتقصا وانما تظهر الفائدة في باب الاصاله والفرعية حيث تما كسا كما اشار اليه المصنف بقوله تما كست الى آخره فانه اذا ابرأ المضمون له احدهما فانه يبرأ الآخر وانه اذا ادى بعضه وابرأه المضمون له من الباقي لم يكن له الرجوع على المضمون عنه الا بما اداء وتظهر الفائدة أيضا في اضلك الرهن الذي كان على الدينين أو على احدهما لان الضمان بمنزلة الاداء وأن اختلف وصف

فلو شرط أحدهما الضمان من مال بينه وحجر عليه نفلس قبل الاداء رجع على المؤسر بما أدى ويضرب المؤسر مع الغرماء والا طوبى من أجيز ضمانه بالجميع خاصة فان دفع النصف انصرف الى ما قصد ويقبل قوله مع اليمين وان أطلق فالوجه التقييط (متن)

الدينين بالقلة والكثرة والحلول والتأجيل ووصف الضمان بالتبرع وعدمه ظهرت فوائد أخر مضافا الى ما سيأتي في كلام المصنف وقد تضمن جميع ذلك مجموع كلامهم وقوله في الشرائع ولو أبرأ الغريم أحدهما أبرأ مما ضمنه دون شريكه ليس فيه مخالفة لما قلناه اذ معناه أن شريكه لا يبرأ مما ضمنه لكنه يبرأ مما كان عليه ولا يمتنع أن ذلك إنما هو اذا كان الضمان دفعة واجاز صاحب الدين فان وقع على التعاقب كان الجميع على الأخير ولورد أحدهما طوبى من أجيز ضمانه بالجميع كما يأتي في كلام المصنف

قوله ﴿فلو شرط أحدهما الضمان من مال بينه وحجر عليه نفلس قبل الاداء رجع على المؤسر بما أدى ويضرب المؤسر مع الغرماء﴾ هذا الفرع من متفردات هذا الكتاب وهو مبني على صحة الضمان في مال بينه وهو من متفردات المصنف أيضا (وحاصله) أن من فوائد ما اذا ضمن كل من المدينين ما على صاحبه انه لو شرط أحدهما في عقد الضمان الاداء من مال بينه وكان المال المشروط الاداء منه يفي بذلك الدين اذ لو قصر لكان الضامن بالرائد من جملة الغرماء ثم انه حجر عليه للنفس قبل اداء الدين المضمون فان المضمون له مقدم على الغرماء بدينه لعلقه باليمين المشروط الاداء منها كما في دين الرهن فاذا استوفاه من اليمين استحقه النفلس على المؤسر فيرجع عليه به ولا يتساقطان اذا أدى المؤسر الدين الآخر قبل الحجر لاختلاف الدينين حكما لان النفلس يستحق الجميع والآخر له حكم الغرماء فيضرب معهم بالحصة وما يبقى له بعد التحاص غير مستحق الآن فلا يصح التساقط وانما قلنا أن المؤسر أدى الدين قبل الحجر لانه لو كان بعده لآتجه أن يصير الى ما بعد الفك ولا يزاحم الغرماء كمن باع بعد الحجر كما تقدم لان الصامن لا يستحق شيئا على المضمون عنه الا بعد الاداء ولهذا لا يستحق الاخذ قبله وايضا فلا بد من كون الافلاس طارئا بعد الضمان أو كون المضمون له عالما بتقدمه أو رضاه بعد علمه فانه لو لم يكن عالما وفسخ لما علم لم يترتب هذا الحكم كما نص على ذلك كله في جامع المقاصد ﴿قوله﴾ ﴿والا طوبى من أجيز ضمانه بالجميع خاصة﴾ أي وان لم يجز المضمون له ضمانها بل اجاز ضمان أحدهما كان الدينان مما عليه وطوبى بهما ولم يبق له مطالبة الآخر لكن الضامن يرجع على الآخر ان ضمن باذنه والا فلا والوجه في ذلك كله واضح وبه صرح في التذكرة وكذا التحرير وجامع المقاصد ﴿قوله﴾ ﴿فان دفع النصف انصرف الى ما قصد ويقبل قوله مع اليمين﴾ أي أن دفع من أجيز ضمانه دون صاحبه نصف الدين مثلا وبالجملة بعضا منه اذ الحكم لا يختص بالنصف انصرف المدفوع الى ما قصده الدافع فان قصده عن نفسه لم يرجع على المضمون عنه وأن قصده عنه رجع عليه فان وقع اختلاف بينه وبين المضمون عنه قدم قوله يمينه لانه اعرف بقصده وصرفه الى شيء بخصوصه انما يكون به ﴿قوله﴾ ﴿وان أطلق فالوجه التقييط﴾ أي دفع نصف الدينين مثلا ولم يقصد عن أحدهما ولا عن المجموع فالوجه عند المصنف هنا التقييط أي توزيع المدفوع على الدينين بالنسبة وهو خيرة المختلف وجامع المقاصد في مثله في باب الرهن والأخير في المقام لانه قد وقع صحيحا وليس أحدهما أولى من الآخر وانه قد ملكه ملكا تاما فاما عن الدينين

وينصرف الإبراء الى ما قصده المبرأ فإذا أطلق فالتقيط ولو ادعى الاصيل قصده ففي توجه اليمين عليه أو على الضامن اشكال من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء القصد (متن)

أو عن احدهما بعينه أولاً عن احدهما أو عن احدهما لا بعينه والكل باطل لاستعالة الترجيح وملك المقضي به مع عدم زوال المقضي عن النسبة ولأنه ان لم يزل عن ذمته شيء منها لزم الحال والا كان هو المقضي عنه ويحتمل صرفه الآن الى من شاء لعدم القصد وامتناع وقوعه بدونه وهو خيرة الايضاح في المقام والشيخ في مثله في باب الرهن (ورد) بان ملك القابض للمقبوض يقضي بانه لا بد أن يقع على شيء (وقد يجاب) بان القابض لا يملكه أو يملكه عما في ذمته واليه التعيين ومثله ما اذا قال زوجتي طالق ولم ينو واحدة منها فاستخرج اما بالقرعة أو بتعيينه وما اذا كان له مالان غائب وحاضر ودفع الزكوة من دون تعيين وما اذا اعتق عبدا عن كفارته وكان عليه كفارتان الى غير ذلك من النظائر ولم يرجح المصنف في مثله في باب الرهن في الكتاب والتحرير ولا ولده في الايضاح ولا الشهيد ولا المصنف في التذكرة في مثله في المقام في الدروس (١) ﴿ قوله ﴾ وينصرف الإبراء الى ما قصده المبرأ فان أطلق فالتقيط أي اذا أبرأ المضمون له الضامن عن بعض الدينين فان عينه من واحد منهما أو من كل منهما فلا كلام وأن أطلق الإبراء وعراه عن القصد الى شيء مخصوص من واحد منهما أو من كل منهما بالنسبة فالحكم عند المصنف التقيط المذكور في ما تقدم لعين ما تقدم ﴿ قوله ﴾ ولو ادعى الاصيل قصده ففي توجه اليمين عليه أو على الضامن اشكال من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء القصد ﴿ هذه عين عبارة التذكرة ومعناها انه لو ادعى الاصيل أي المضمون عنه على الضامن أن المضمون له قصده في اطلاق عند الإبراء وانه قد برأ بذلك ففي توجه اليمين على المبرأ أو الضامن اشكال ينشأ في الاول من انه منكر والدعوى على قصده فيحلف ومن أن حلفه لا يثبت مال الغير لا غير لانه لو حلف لم يدفع بها شيئاً عن نفسه ولا يثبت بها لها شيئاً نعم أن اثره قائم توثري في رجوع الضامن على المضمون عنه بما يؤدي وينشأ في الثاني من أن الغريم في الحقيقة انما هو الضامن لانه لو اعترف بما ادعى المضمون عنه لم يرجع عليه فيكلف باليمين فله يخاف فيعترف ومن انه حلف على قصد المبرأ وهو امر يخفى على غيره فلا يحلف الضامن على قصده وهذا ايضاح ما في الايضاح لانه فرض المسئلة فيما اذا أطلق المبرأ وادعى المضمون عنه انه قصده فاحتمل توجه اليمين على المبرأ ثم صحح عدم لانه حلف لا يثبت حق الغير ثم احتمل عدم حلف الضامن لخفاء قصد المبرأ فصار الحاصل انه يحتمل حلف كل من المبرأ والضامن لكن الراجح عنده عدم حلفهما ولما كان ذلك كذلك صح له أن يقول فيقسط ومعناه انه لما لم يتوجه الحلف على المبرأ ولا على الضامن رجعت الى الاطلاق وحكمة التقيط فما ادعاه عليه المحقق الثاني من جملة الشق الثاني من شقي الاشكال غير جيد وقال ان الاشكال ينشأ من أن اليمين من المبرأ لا يثبت حق الغير فيمتنع توجهها اليه ومن أن القصد أمر خفي فلا يحلف الضامن على قصد المبرأ بل تنحصر اليمين في جانبه فليحفظ اذ حاصل الوجه الثاني انحصار اليمين في جانب المبرأ كما صرح هو به وحاصل الأول على الظاهر منه انحصارها في

(١) كذا في ثلاث نسخ والظاهر ان قوله في الدروس بعد قوله ولا الشهيد (محسن)

ولو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله رجع عليه دون الاصيل ولو أذن له الاصيل في الضمان والاداء ولو دفع الاصيل الى الضامن أو المستحق فقد برأ وإن لم يأذن الضامن في الدفع (متن)

جانب الضامن وحاصلها قيام الاحتمالين في كل منهما أي الضامن والمبرأ وهذا ما في الايضاح غير انه لما ترجح عنده علم حلف كل منهما قال بالتقسيت ثم انه قال والذي يقتضيه النظر أن المبرأ أن صرح في عقد الابرأ بعين الدين الذي يبرأ منه بحيث علم الضامن بذلك جاز حلفه على عدم سقوط الحق عن ذمة المضمون عنه والا لم يحلف على البت بل على نفي العلم (وفيه) أن الاول خارج عن محل الفرض لان محله ما اذا اطلق وأما الحلف على نفي العلم فلا يجدي الضامن بل يضره لانه يرجع جوابه الى اني لا أعلم والمضمون عنه يدعي العلم بان الابرأ إنما هو له فيحلف ويبرأ على قول أو يبرأ من دون حلف على اختلاف الرأيين فما جملة المحقق الثاني مقتضى النظر غير صحيح ولا محرم علينا أنه لا يضره وما كان ليكون فاقصى ما هناك أن قول كما قال هو أنه اذا حلف على نفي العلم انتفى المسقط للدين الذي في ذمة المضمون عنه فيتسك باصالة بقاء الدين فيستحق الرجوع عليه اذا أدى ثم انه تأمل فيه من حيث أن عدم علمه بالمسقط لا يقتضي عدمه واصالة بقاء الدين قد زالت بالقطع بوجود مسقط أحد الدينين كما زال أصل الطهارة مما اشبهه فيه الطاهر بالنجس لان الابرأ ثابت منه مشبه انتهى وهذا يقتضي بان المسئلة مفروضة فيما اذا قصد أحد الدينين ثم اشبهه وأنت تعلم أن المفروض خلافه والذي يقتضيه النظر في المقام أن يقال انه لو قال المبرأ أبرأت عن الاصل وقال المضمون عنه بل عن الضمان فالقول قول المبرأ من دون يمين وينظر بعد ذلك في دعوى المضمون عنه على الضامن فيحكم بينهما بما تقتضيه القواعد وكذا لو أطلق المبرأ وقال قصدت بالاطلاق الابرأ عن الاصل أو عن الدينين على النسبة والتقسيت فالقول قوله أيضا من دون يمين وعلى هذا فلا مجال للقرعة وان قال المحقق الثاني ولا أدري هنا شيئاً أوجه من القرعة قوله **ولو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله رجع عليه دون الاصيل ولو أذن له الاصيل في الضمان والاداء** قال في (التذكرة) لو تبرع بالضمان ثم سأل ثالثاً الضمان عنه فضمن رجع عليه دون الاصيل وان أذن له الاصيل في الضمان والاداء ومعناه انه لو ضمن زيد ما في ذمة عمرو تبرعاً ثم سأل زيد بكراً أن يضمن ما ضمنه فضمن وأدى فانه يرجع على زيد ولا يرجع على بكر الذي هو الاصيل وان أذن أي الاصيل للضامن الثاني أعني بكراً في ضمان الضامن المتبرع وفي أداء المال لان ذمة الاصيل قد برئت بضمان الضامن الاول فلا أثر لادائه في الضمان ولا في الاداء **ولو دفع الاصيل الى الضامن أو المستحق فقد برأ وان لم يأذن الضامن في الدفع** كما صرح بذلك كله في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وغيرها ومعناه انه اذا دفع المضمون عنه الدين الى الضامن أو المستحق فقد برأت ذمته لانه اذا دفع الى الضامن وكان الضامن قد أدى قام هذا المدفوع مقام ما أداه كما هو واضح وان كان لم يؤد فقد تبرع بالاداء قبل وجوبه فلا يستحقه وليس له التصرف فيه نعم له دفعه في الدين تبعاً للأذن فان أدى منه فواضح وان أدى من غيره قام هذا مقام المدفوع وعدم استحقاقه عليه شيئاً الا بعد الاداء لا يمنع من دفعه اليه لجهة ذلك الدين وان أبرأ من الدين أو بمضيه وجب عليه رده أو رد بعض ما قابله ويبقى الكلام فيما اذا تلف في يده بغير تفريط ولعل الظاهر انه كالمقبوض بالسوم على تأمل ولا اشكال فيما اذا قال له اقض به ما ضمننت عني

وعلى الضامن اليانة بالاذن لو أنكره الاصيل أو أنكر الدين ولو أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق بالينة لم يرجع على الاصيل ان أنكر الدين أو الاذن والا رجع اقتصاصا الا أن ينكر الاصيل الاذن ولا يينة (متن) .

فانه حينئذ وكيل والمال أمانة وأما براءتها بدفعه الى المستحق فلان الضامن لا يرجع عليه حينئذ بشيء لانه لم يؤد عنه شيأ أقصى ما هناك أن الاصيل قد تبرع بأداء الدين الذي لزم الضامن بالضمان وهذا لا يمنع من براءة ذمته ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى الضامن اليانة بالاذن لو أنكره الاصيل أو أنكر الدين ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد ومعناه انه ضمن فأنكر الاصيل الاذن في الضمان فاقول قوله مع اليقين وعلى الضامن اليانة بالاذن وكذا لو أنكر الاصيل الدين الذي ضمنه الضامن فان عليه اليانة بالاذن أيضا في ضمان الدين وليس اليانة بثبوت الدين ولزومه انه مدع على كل واحد من التقديرين والاصل عدم الاذن في الاول والاصل براءة الذمة من الدين وعدم الاذن في الثاني وقد يعطى كلام المحقق الثاني أن عليه اليانة بثبوت الدين لانه قال لانه مدع على كل واحد من التقديرين واستحقاقه الرجوع مشروط بكل من الامرين ومراده بالامرين الاذن والدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق بالينة لم يرجع على الاصيل ان أنكر الدين أو الاذن والا رجع اقتصاصا الا أن ينكر الاصيل الاذن ولا يينة ﴾ هذه عين عبارة التذكرة وقد فهم منها في جامع المقاصد خلاف المراد فأورد ما أورد واحتمل ما احتمل ومعناها أن الضامن يزعم المستحق لو أنكر كونه ضامنا فأقام المستحق للدين وهو المضمون له اليانة بكونه ضامنا واستوفى ما شهدت اليانة بضمانه له لم يرجع على الدين الذي في ذمة الاصيل مقاصة للمستحق صاحب الدين لان كان ظالما له ان كان الضامن قد أنكر الدين أو أنكر الاذن في الضمان والاداء لانه اذا أنكر الدين امتنع استحقاقه مقاصة صاحب الدين مما في ذمة الاصيل وكذا ان أنكر اذن الاصيل في الضمان أو الاداء لانه ليس له عليه حينئذ وجه شرعي والا ينكر الدين والاذن كأن يقول له أنت أذنت لي في وقاء دينك وشرطت لي الرجوع وهذا توهم وأخذني بالضمان ويسته توهمت فشهدت له بذلك فأنت يجب عليك لمكان اذنك وشرطك أن تعطيني ما في ذمتك له اقتصاصا لانه ظلمي وأخذني بالضمان وقد حصل وقاء دينك على شرطه وها هو ذا قد أعرض عما في ذمتك لمكان ما أخذه مني بزعمه اني ضامن له فان أنكر الاصيل الاذن في الاداء وقال انما ظلمك وسكت عما له في ذمتي اما اعراضا بالكلية أو الى مدة أو نحو ذلك ولا يينة للضامن عليه بذلك أي الاذن والشرط واستحلفه فخلف فانه لا يتوجه له عليه الرجوع مقاصة بوجه من الوجوه وترك المصنف ما اذا أنكر الاصيل الدين لوضوح حاله وهذا معنى صحيح لا غبار عليه والمحقق الثاني فرض المسئلة فيما اذا أنكر الضامن في نفس كونه ضامنا ووجه عدم رجوعه على الاصيل بأنه بانكاره الضمان متر بأنه لا يستحق في ذمة المضمون عنه شيأ قال اذ وجه الاستحقاق على هذا التقدير انما هو الضمان وقد نقاه ولا تنفعه اليانة لانه مكذب لما بنى الضمان واقتضاء فيه كونه مظلوما في المطالبة والأخذ قال ولا فرق في ذلك بين أن ينكر الضامن الدين أيضا أي مع انكاره الضمان أو ينكر الاذن فيه من المضمون عنه وعدمه كما هو ظاهر فلا يظهر الوجه في اشتراط المصنف لعدم الرجوع على الاصيل أحد الامرين وكذا قوله والا رجع اقتصاصا الا أن ينكر الاذن ولا يينة اذ المعنى وان لم ينكر واحدا من

ولو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم أنكاره فإن شهد الاصيل ولا تهمة قبلت (متن)

الامر ينرجع على المضمون عنه اقتصاصا أي باطنا على ما فسرهم بعضهم ولا يستقيم غيره على فرض المسئلة في الضمان أي لا في الاذن في الاداء الا أن ينكر الاصيل الاذن في الضمان ولا يثبت هذا وجه عدم ظهور وجهه لأنه إذا كان رجوعه اقتصاصا وقع الضمان في نفس الامر هذا كلامه ثم أنه احتل تنزيل العبارة على وجه بارد بعيد ثم أنه قال يمكن أن يقال أنه إذا كان ضامنا في نفس الامر بسؤال لا يتمتع رجوعه على المضمون عنه بمجرد انكار الضمان إذا أدى الدين إلى المستحق بالينة لأن لاستحقاق الرجوع طريقين (أحدهما) الضمان بسؤال إذا أدى الضامن (والثاني) أداء الدين بالاذن وشرط الرجوع إذا اتفق الاستحقاق لانكار أحدهما لم يثبت مطلقا إذ لا يلزم من نفي الاخص نفي الاعم كما هو ظاهر فيرجع اقتصاصا إلى أخذ الحق الذي يستحقه في نفس الامر بشروط (الاول) أن لا ينكر الضامن أصل الدين فإنه لو أنكره امتنع استحقاق الرجوع بالطريق الثاني أيضا (الثاني) أن لا ينكر الاذن فإن أنكره فكالاول (الثالث) أن لا ينكر المضمون عنه الاذن أو تثبت بحجة شرعية فإن اتفقت امتنع الرجوع أيضا وحينئذ فلا يكون المراد بالاقتصاص الرجوع باطنا كما قيل بل يرجع على هذا التقدير ظاهرا وطريق مطالبة الضامن المنكر للضمان في الفرض المذكور أن يقول للمضمون عنه اني أديت دينك على وجه يلزمك الاداء الي وقيم عليه الينة بالاذن ان كانت وان كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالاذن لأن التوصل إلى الحق بطريق لا يكون مشتملا على محذور جائز ثم قال فإن قيل هل يسوغ أن تشهد الينة بالاذن على تقدير حصوله مع سؤال الضمان ووقوعه مع العلم بأن طريق الاستحقاق إنما هو الضمان بسؤال وقد امتنع بانكاره قلنا لا محذور إذا كان مطابق الواقع أما مع عدم المطابقة فهل تكفي شهادة الينة بالاستحقاق في الجملة من غير تقييد بواحد من الطريقين الظاهر نعم حتى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منها لم يلزم انتهى وأنت خير بأنه إذا كان ضامنا في نفس الامر ومتن الواقع يبعد تصوير الشروط الثلاثة وإذا عسى يجدي انكار المضمون عنه الاذن في دفع الاقتصاص منه باطنا بعد علم الضامن بالدين والاذن في الضمان والاداء وشرط الرجوع ان هو الا مديون جاحد الا أن يفرض نسيانه ولهذا جعل لمطالبته ما سمعته من الطريق وأنت إذا حملت العبارة على ما ذكرناه خلصت من هذه التكاليفات وما ذكرنا قد نبه عليه الشهيد في حواشيه على قوله والا رجوع بقوله لأن المضمون له ظله فيرجع على ما له الموجود في ذمة الاصيل اقتصاصا انتهى هذا ولا يجوز أن يجعل الضمير في قوله ان أنكر الدين راجعا إلى الاصيل لوجوه لا تخفى **قوله** ﴿ ولو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم انكاره ﴾ كما في المبسوط وأكثر ما تأخر عنه ووجهه واضح لأنه منكر فاقول قوله مع يمينه ومعناه أنه لو أنكر المستحق وصول الحق إليه من الضامن الذي ضمن بسؤال المضمون عنه قدم انكاره وقيد بذلك أي السؤال لأنه لو كان تبرعا لم يتطرق إلى المضمون عنه تهمة لبراءة ذمته فهو كالشاهد لما قبله والا فلا فرق في تقديم قول المستحق بين ضمانه بسؤاله وعدمه **قوله** ﴿ فان شهد الاصيل ولا تهمة قبلت ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والندوة والارشاد والحواشي واللمعة وجامع المقاصد لأنه ان كان أمرا بالضمان فشهادته شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع وشهادة لغيره فتسمع وأما إذا كان متبرعا فوجهه واضح لأنه أجنب لبراءته من الدين أدى أم لم يؤد والتهمة تتحقق بأن تفيده الشهادة فائدة زائدة على ما يغرمه

ومعها يغرم ثانيا ويرجع على الاصيل بالاول مع مساواة الحق أو قصوره ولو لم يشهد رجع بالاقل من الثاني والاول والحق (متن)

لو لم يثبت الاداء فترد وقد ذكرنا أن من صور التهمة أن يكون معسرا ولو لم يعلم المضمون له باعساره فان له فسخ الضمان حينئذ ويرجع على المضمون عنه فشهادة الاصيل تدفع عنه عود الحق الى ذمته (ومنها) أن يكون الضامن قد صالح على اقل من الحق فيكون رجوعه انما هو بذلك المصالح به فيقل ما يؤديه عن اصل الحق لو ثبت الاداء على هذا الوجه وقال جماعة في هذا نظر اذ يكفي لعدم وجوب الزائد اقرار الضامن بذلك ولا حاجة الى الثبوت ظاهرا فتدفع التهمة فتقبل الشهادة (ومنها) أن يكون قد تجدد الحرج عليه للفلس والمضمون عنه احد غرمائه فانه بثبوت الاداء قلل الغرماء فيزداد ما يضرب به وقال جماعة لا فرق في هذه الصورة والاولى بين كون الضامن متبرعا وبسؤال لان فسخ الضمان يوجب العود على المدينين على التقديرين ومع الافلاس ظاهر (قلت) ليس فيه من الظهور شيء لان توفير مال المفلس بشهادته وازدياد ما يضرب به انما يتحقق وينفعه اذا تبرع الضامن اما في حال السؤال فان شهادته تضره كما اذا كان له على الضامن مائة ولزيد مائة والمال المضمون خمسون ومال المفلس خمسون فانه لو قبلت شهادته صار مال المفلس مائة وليس للمضمون عنه الا الخمسون التي في ذمته واما اذا ردت شهادته فانه يبقى للمضمون عنه خمسة عشر لانا اذا وزعنا مال المفلس وهو الخمسون على مائة المضمون عنه ومائة زيد والخمسين المضمونة يصير لكل خمسين عشرة فاذا لم تقبل شهادته يكون له عشرون والمضمون له عشرة ولزيد عشرون فاذا استرد زيد من المضمون عنه نصف ما أخذ المضمون له بقي للمضمون له خمسة عشر واذا قبلت شهادته لم يبق له شيء وقد حكى الشهيد عن الفخر أن شهادة المضمون عنه بالضمان ترد اجماعا وبالاداء أن اثرت في البرائة فكالضمان على التأمل عندم انتهى **﴿ قوله ﴾**

﴿ ومعها يغرم ثانيا ويرجع على الاصيل بالاول مع مساواة الحق أو قصوره ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية ومعناه انه مع التهمة يغرم الضامن ثانيا لا تنفائ ثبوت الاداء وانما يرجع على الاصيل بالاول بشرط أن لا يزيد على الدين لانه قد علم انه لا يستحق الرجوع بالزائد ووجهه انه هو الذي وقع به الاداء باعترافه والثاني ظلم وان كان بقدر الدين وهذا القيد مراد في عبارة من تركه كالحقق والمصنف في غير الكتاب وغيرها وكذلك لو ردت شهادته لعدم عدالة ومثله ما لو صدقه ولم يشهد **﴿ قوله ﴾** ﴿ ولو لم يشهد رجع بالاقل من الثاني والاول والحق ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية ومعناه انه لو انكر المستحق الدفع اليه ولم يشهد المضمون عنه وحلف المضمون له وغرم الضامن ثانيا فانه يرجع على المضمون عنه بالاقل من الثلاثة المذكورة لانه اذا كان ما دفعه أولا اقل قد اعترف الضامن بانه لا يستحق غيره لانه يزعم انه مظلوم في الاخذ منه ثانيا فالاداء الصحيح عنده هو الاول فيؤاخذ به واما اذا كان الثاني اقل فلان الاداء الاول الذي يدعيه لم يثبت والثابت ظاهرا هو الثاني واما اذا كان الحق اقل منهما فلانه انما يرجع بالاقل من المدفوع والحق وفي (الشرائع) وغيرها انه لو لم يشهد رجع الضامن بما اداه اخيرا ولا بد من تقييده بما اذا لم يزد على ما ادعى دفعه أولا ولا على الحق والارجع بالاقل من الثلاثة كما في الكتاب وقول المصنف وغيره ولو لم يشهد الى آخره لا بد من تقييده بعدم اعترافه بالدفع الاول ولو جعل مناط

ولو ادعى القضاء المأذون له فيه فانكر المستحق فان كان في غيبة الآذن فهو مقصر بترك
الاشهاد اذ كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات فلا يرجع عليه ان كذبه وان
صدقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الاصيل والرجوع لاعترافه ببراءة ذمته وفعل ما أذن
فيه فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق (متن)

الحكم عدم تصديقه كما في اللغة لكان اجود لتناول علم الشهادة وغيره - قوله - ولو ادعى
القضاء المأذون له فيه فانكر المستحق فان كان في غيبة الآذن فهو مقصر بترك الاشهاد اذ كان من
حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات فلا يرجع عليه ان كذبه وأن صدقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع
به الاصيل - وبمثل ذلك عبر في التحرير وفي (الايضاح والخواشي وجامع المقاصد) في باب الرهن أنه لو
ادعى المدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن ولولا ذلك لأدى الى عدم قبول الوكالة
فيفضي الى الضرر والمصنف هناك يستفاد منه الامتثال وقال في باب الوكالة لو كان وكيلاً في قضاء
الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على اشكال وفي (وكالة المبسوط والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد) أن
الاصح الضمان الآن يؤد بحضرة الموكل وهو خيرة التذكرة في المقام في أول كلامه ثم عد الى عبارة
الكتاب ومعناها أنه لو ادعى قضاء الدين الشخص المأذون له فيه فانكر المستحق أي صاحب الدين
فان كان ذلك في غيبته فهو مقصر في ترك الاشهاد اذ كان من الحق الواجب عليه الاحتياط للآذن في
انسقاط حق النير عنه ظاهراً وباطناً وتمهيد طريق الاثبات بالاشهاد ليقطع عنه الدعوى فحيث ترك
الاشهاد صار كأنه لم يقض فلا يستحق رجوعاً ان كذبه وان صدقه احتمل ذلك يعني عدم الرجوع
لأنه مقصر بترك الاشهاد ولأنه كمن لم يقض حيث لم ينتفع به الاصيل أي المدينون الآذن مجازاً اذ
ليس لها ضمان فيكون مضمون عنه أصيل وقال في (جامع المقاصد) في توجيه المقام أن اطلاق الآذن
لما حمل على القضاء الذي لا يبقى معه دعوى الدين ثانياً بحسب الامكان وذلك بالاشهاد كان قضاؤه
بدونه غير مأذون فيه فلم يستحق رجوعاً قال وهذا التوجيه لا يترق فيه الحال بين تصديق الآذن
في الدفع وتكذيبه فلم يبق لقول المصنف أن كذبه وجه ولم يحسن قوله وان صدقه الى آخره لانه يدافع
التعليل المذكور وكان الأولى في العبارة أن يقول فانكر المستحق فان كذبه ولا طريق للاثبات لم
يرجع قطعاً وأن صدقه فان كان في غيبة الآذن ففي الرجوع احتمالان ينتأان من كونه مقصراً بترك
الاشهاد اذ كان حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات ولأنه كمن لم يقض اذ لم ينتفع به الاصيل وعدمه
لان المأذون فيه القضاء وقد حصل انتهى ولعل فله التبريف سهى فثبت الرجوع مكان عدمه وبالعكس
كما هو واضح ثم أن قضية التعليل أن لا يكون هناك الا احتمال عدم الرجوع وأراه في بيان الاحتمال
الاول رجع الى التعليل الاول فلم يكن حينئذ الاول اولاً فليتأمل ويأتي في الوديعة ماله نفع تام في
المقام - قوله - والرجوع لاعترافه ببراءة ذمته وفعل ما أذن فيه فلا يخرج استحقاق المأذون
بظلم المستحق - هذا هو الاحتمال الثاني المعادل لقوله احتمل ذلك وقد قواه في اول كلامه في التذكرة
في المقام ثم حكى عن الشافعية وجهين (احدهما) عدم الرجوع ونفى عنه البأس وفي باب الوكالة جزم
بعدم الرجوع وقد وجه المصنف الرجوع هنا بأنه قد اعترف وصدق ببراءة ذمته باطناً وأنه قد فعل
ما أذن له فيه فلا يخرج استحقاق المأذون عن الثبوت بظلم المستحق وطلبه ثانياً وفي (جامع المقاصد)

وهل له احلاف الاصيل لو كذبه ان قلنا بالرجوع مع التصديق حلقه على نفي العلم بالاداء وان قلنا بعدمه فان قلنا اليمين المردودة كالاقرار لم يحلقه لان غايته النكول فيحلف الضامن فيصير كتصديق الاصيل وان قلنا كاليينة حلف الاصيل فلعلم ينكل فيحلف ولو جحد الاصيل الدفع وصدقه المستحق احتمال الرجوع لسقوط المطالبة باقراره الذي هو أقوى من اليينة وعدمه اذ قول المستحق ليس حجة على الاصيل (متن)

ان ضعفه ظاهر لان اعترافه انما هو براءة ذمته باطلا فقط فقي كونه فعل ما أذن له فيه منع وقد سبق منده ﴿ قوله ﴾ وهل له احلاف الاصيل لو كذبه ان قلنا بالرجوع مع التصديق حلقه على نفي العلم بالاداء وان قلنا بعدمه فان قلنا اليمين المردودة كالاقرار لم يحلقه لان غايته النكول فيحلف الضامن فيصير كتصديق الاصيل وان قلنا كاليينة حلف الاصيل فلعلم ينكل فيحلف ﴿ هذا ذكره في التذكرة من فروع العامة فرعوه على القول بأنه اذا صدقه لا يرجع عليه قال في (التذكرة) حاكيا عنهم وعلى هذا القول لو كذبه الاصيل هل يحلف قال بعض الشافعية ينبي على أنه ان صدقه هل يرجع عليه أم لا ان قلنا نعم حلقه على نفي العلم بالاداء وان قلنا لا يرجع ينبي على أن النكول ورد اليمين كالاقرار أو كاليينة ان قلنا بالاول لم يحلقه لان غايته أن ينكل فيحلف الضامن ويكون كما لو صدقه وذلك لا يفيد الرجوع وان قلنا بالثاني حلقه طعنا في أن ينكل فيحلف الضامن فيكون كما لو اقام اليينة وانت خير بان هذا التفريع على خصوص القول بالتصديق غير واضح وأن دعواه الاداء باذنه على القول بان الاسهاد واجب لا تسع ولا تستحق جوابا بانكار ولا اقرار لانها غير محرره وما هي الا كما اذا ادعى عليه وهبه ولم يذكر الاقباض نعم أن قال أديت باذنتك واشهدت وانت تعلم ذلك واجاب الاصيل أي الآذن بالانكار توجهت عليه اليمين على نفي العلم لان المدعي به فعل الغير وسى المأذون ضامنا مجازا كما سى الآذن اصيلا ثم ان المفروض في كلامهم انه ادعى الاداء بدون اشهاد وحينئذ يكون مقصرا وهل فلا غير مأذون فيه فلا ريب في انه لا يرجع حينئذ سواء اقر المأذون أو اثبت ذلك باليينة أو اليمين المردودة وأن قلنا بأنه غير مقصرواته يستحق الرجوع بهنا الاداء كان له الرجوع بتصديقه وباليمين المردودة سواء كانت كاليينة أو كالاقرار وان فرضت المسئلة انه ادعى الاداء باشهاد فلا شبهة في ثبوت ذلك باليمين المردودة سواء كانت كاليينة أو الاقرار فلا وجه لما ذكره وكان الاولى بالمصنف أن لا يذكره وأن كان لا بأس بذكره في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جحد الاصيل الدفع وصدقه المستحق احتمال الرجوع لسقوط المطالبة باقراره الذي هو أقوى من اليينة ﴾ التي يمكن ظهور فسقها أو توهمها وهذا أظهر وجهي الشافعية كما في التذكرة لان المطلوب بالقضاء سقوط المطالبة وقد حصل على أقوى وجه ومنع في جامع المقاصد من كون المطلوب بالقضاء ذلك وانما يراد به براءة الذمة ظاهرا وباطنا (قلت) لعل المراد بسقوط استحقاق المطالبة ظاهرا وباطنا وانهم يدعون أنه باقراره واعترافه وتسليطه المأذون عليه سقط حقه عنه باطنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدمه اذ قول المستحق ليس حجة على الاصيل ﴾ أي واحتمل عدم الرجوع لما ذكر ونظر فيه صاحب جامع المقاصد بان اثبات ذلك بقوله انما هو من جهة سقوط المطالبة لا من حيث كونه حجة عليه قال والاصح عدم

ولو كان الدفع بحضور الاصيل فلا ضمان اذ التقصير ينسب اليه ولا تفريط لو أشهد رجلا وامرأتين أو مستورين وفي رجل واحد ليحلف معه نظروا اتفاقا على الاشهاد وموت الشهود أو غيبتهم فلا ضمان ولو ادعاه (متن)

الرجوع لعدم تحقق ما يقتضي الرجوع وهو آلاء المأذون واقرار المستحق لا يحققه لا مكان كذبه وجواز المواطاة بين المستحق والضامن بالصبر عليه الى مدة وأخذه من المدين (قلت) قد يكون صادقا ومنعه حينئذ من الرجوع اضار به وتكليفه حينئذ الدفع للمستحق مرة ثانية بحضوره أو بشاهدين أشد ضررا فليصدق للضرر والضرورة اذ لا يعرف ذلك الا من جهنهما كما هو الشأن في أمثال ذلك ﴿ قوله ﴾ (ولو كان الدفع بحضور الاصيل فلا ضمان اذ التقصير ينسب اليه) هذا قسم قوله أولا فان كان في غيبة الآذن وعن بعض الشافعية انه يضمن كما لو ترك الاشهاد في غيبته ﴿ قوله ﴾ (ولا تفريط لو أشهد رجلا وامرأتين أو مستورين) كما في التذكرة وجامع المقاصد ولم يرجح في المبسوط في المستورين الذين بان فسقهما بعد ذلك والاقرب انه ليس بمفرط لان البحث عن البواطن الى الحكم دون غيرهم والذي عليه أن يشهد شاهدين لا يعرف فسقهما وكونهما عدلين في نظر الشرع حين الاشهاد وقد قل الشأن فيهما كما لو فسقا بعد الاشهاد والاداء ﴿ قوله ﴾ (وفي رجل واحد ليحلف معه نظر) أي في كونه مفرطا لو أشهد رجلا واحد عدلا ليحلف معه عند الحاجة الى اثبات الدفع الى المستحق نظر ينشأ من تمهيد طريق الاثبات بذلك فان الدفع يثبت بالشاهد واليمين وهو الذي استوجه في التذكرة ولا ترجيح في المبسوط والايضاح ومن أنه لم يشهد اشهادا مثبتا لان الدفع لا يثبت بشاهد واحد ولا نها قد يترافقان الى حنفي لا يقضي بالشاهد واليمين فكان ذلك ضربا من التقصير (قلت) لا ينبغي ما في هذين الوجهين لان الواجب هو تمهيد طريق الاثبات وهو حاصل بهذا ولا حاجة بالشيعي الى الحنفي ثم ان الغرض من الاشهاد انما هو صحة الرجوع ودفع المطالبة قال في (التذكرة) كل موضع قلنا فيه بأن المأذون له في الاداء أو الضامن يرجع على الآذن والمضنون عنه بما غرم قائما هو مفروض فيما اذا أشهد المؤدي أو الضامن على الاداء شهادة يثبت بهذا الحكم سواء استشهد رجلين أو رجلا وامرأتين أو أشهد واحدا اعتمادا على أن يحلف معه (قلت) فاذا أتى شاهده الثقة وشهد له عند الحاكم وحلف معه ثبت له الرجوع واندفعت عن الاصيل المطالبة بحكم الحاكم وتسجيله قوله في جامع المقاصد يرد عليه انه لو أمكنه الاثبات باليمين المردودة لم يعد مقصرا مردود بأن رد اليمين الى المستحق لاله فلا اختيار له في ذلك الا أن تقول ليس المدار على ما ذكره في التذكرة وانما المدار على العلم باذن الآذن في قضاء الدين والاستقلال باثباته وعلى استقلال المضنون عنه باثبات الدفع الى المستحق ولا يتأني ذلك الا بالبينة العادلة التي يستقل الآذن والمضنون عنه باثبات الدفع بها ولا استقلال لها بالشاهد وبين الدافع المأذون أو الضامن واحتمال غيبتها أو موتها لا يدفع ذلك لانه انما يخاطب بمقدوره ﴿ قوله ﴾ (ولو اتفقا على الاشهاد وموت الشهود أو غيبتهم فلا ضمان) لعدم التفريط لاعترافه بأن الضامن أتى بما عليه والموت والغيبة ليسا اليه وقد نص عليه في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد فلو حلف المستحق بعد غيبتهم أو موتهم ورجع على المأذون رجع على الآذن ﴿ قوله ﴾ (ولو ادعاه

الدافع فانكر الاصيل الاشهاد تعارضا أصلا عدم الاشهاد وعدم التقصير لكن تأيد الاول باصالة براءة ذمته ﴿ الفصل الثاني في الحوالة ﴾ وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى أخرى وشروطها ثلاثة رضاء الثلاثة (متن) .

الدافع فانكر الاصيل الاشهاد تعارضا أصلا عدم الاشهاد وعدم التقصير لكن تأيد الاول باصالة براءة ذمته ﴿ أي الاصيل عن حق الدافع فان شغل ذمته لم يكن ثابتا وإنما يحدث بالقضاء المأذون فيه بالاشهاد والاصل عدمه الى أن يثبت ويؤيده أيضا أن الاصل عدم موت الشهود أو غيبتهم أو نسيانهم أو انكارهم وتكذيبهم فيكون القول قول الاصيل مع يمينه وأصل عدم التقصير كأنه غير أصيل لأنه لم يخل بواجب يعاقب عليه وإنما أخل بواجب يرفع الغرامة عنه وهو عدم استحقاق الرجوع نعم قد يمكن أن يراد به أن الرجوع الغالب من حال العاقل أن يتحرز عن الغرامة نعم قد يعضد هذا الاصل على تقدير اصالته ان في ذلك ضررا عليه لو كان صادقا فيصدق كما يصدق الصبي في دعوى البلوغ اذ لا يعرف ذلك الا من قبله فتأمل جيدا

﴿ الفصل الثاني في الحوالة ﴾

بفتح الحاء كسجادة وهي مشروعة بالنص واجماع الامة كما في المبسوط والسرائر وليست يما ولا محمولة عليه عند علمائنا أجمع كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى أخرى ﴾ كما في التذكرة والتحرير ونحوه ما في الوسيلة والسرائر وقال الشهيد هذا ينتقض في طرده بالضمن بالمعنى الاخص والسبب في ذلك أن المصنف لما لم يشترط في الحوالة شغل ذمة المحال عليه حاول في التعريف شموله لهذا القسم لئلا ينتقض في عكسه قال في (المسالك) لكنه وقع فيما هو أصعب من ذلك وهو انتقاضه في طرده (قلت) فيه نظر من وجهين (الاول) أنا لانسلم انه أصعب بل هو اما مساو أو أسهل أما الاول فلأن التعريف عند المتأخرين لا بد وأن يكون جامعا ما ما مطردا منعكسا ولا تفاوت بينهما عندهم وأما الثاني فلان التعريف بالاعم جائز عند المتقدمين بخلاف الاخص فانه غير جائز قولاً واحدا فكان أمهل قطعاً (الثاني) أن المراد ان التحويل والقل انما هو عن ذمة المحيل والمحول والمضمون عنه ليس محيلاً ولا محولاً ولا دور أو يقال التعهد ان كان بالنفس فالكفالة وان كان بالمال فان كان العاقد الموجب مشغول الذمة فالحوالة والا فالضمان فقد اتضح الفرق وبان الامر ولعله الى ذلك أشار في جامع المقاصد بقوله ويمكن دفعه بأن المراد عقد مخصوص شرع لكذا وعرفها في الشرائع بأنها عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله ونحوه ما في اللمعة فخرجت الحوالة على البريء مع انه جوزها فيما بعد ولا ينفعه حكمه بكونها بالضمن أشبه فان رجحان الشبه لا يخرجها عن كونها حوالة وأجيب عنه بأنه لعله عرف الحوالة المتفق على صحتها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وشروطها ثلاثة ﴾ أي شروط صحتها ثلاثة ﴿ قوله ﴾ ﴿ رضاء الثلاثة ﴾ أي المحيل والمحتمل والمحال عليه أما اشتراط رضاء الاولين فقد حكى عليه الاجماع في التذكرة والمسالك والروضة والمفاتيح والكفاية ونفى عنه الخلاف في مجمع البرهان والرباض وفي (الغنية) الاجماع على الاول ونفى الخلاف عن الثاني الا من داود ومراذه بين المسلمين وأما اشتراط رضا المحال عليه فهو المشهور كما في المختلف والمهذب البارع

والمقتصر والتقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وظاهر التذكرة الاجماع عليه في موضعين منها حيث نسب تارة الى اصحابنا وقال أخرى عندنا ونسبه الى علمائنا في المختلف ونسب الخلاف في كشف الرموز الى التتبي واشترط رضاه الى باقي الاصحاب وفي (مجمع البرهان) انه لم يظهر فيه خلاف ونقل حكاية الاجماع عليه في جامع المقاصد والمسالك وغيرها عن الشيخ والموجود في الخلاف والبسوط والغنية والسرائر أنه يعتبر رضاه لان الاجماع من الامة كما في الاول واجماعنا كما في الثلاثة الاخيرة على انه اذا رضي صحت الحوالة ولم يثبت على صحتها مع عدم رضاه دليل انتهى وهذا ليس اجماعا على اشتراط رضاه كما حكوه قطعا وليس فيها جميعا في الباب كلام آخر صريح أو ظاهر في ذلك والظاهر ان ذلك منهم اشتباه وقد نسب عدم اشتراط رضاه كاشف الرموز والمقداد الى أبي الصلاح واستشعره في المختلف من كلام المفيد والشيخ في المقتمة والنهاية قالا اذا كان للانسان على غيره مال فأحال به على رجل ملي به قبل الحوالة وأبرأه منه لم يكن له رجوع ضمن ذلك المال المحال به أولم يضمن فان لم يقبل الحوالة الا بعد ضمان المحال عليه ولم يضمن من أحيل عليه ذلك كان له مطالبة المديون ولم تبرأ ذمته بالحوالة وكاتهما أشارا بضمن المال الى قبول الحوالة والتزامها وانتقال الحق الى ذمته وقد قال في السرائر بعد أن حكى ذلك عن الشيخ لأرى لقول الشيخ وحها وأخذ في بيان فسادها ويأتي تمام الكلام فيه وعبارة الوسيلة تؤذن بوجود الخلاف حيث قال ورضا المحال عليه على الصحيح وكذلك عدم حكاية الاجماع عليه في الغنية مع حكايته في الاولين وما في البسوط والغنية والسرائر من التصريح بوجود الخلاف فانما أرادوا به الخلاف من العامة وقد مال اليه في المختلف وهو خيرة المقتصر والتقيح وايضاح النافع والمسالك والروضة ومال اليه أو قال به في الرياض بل في التقيح ان اعتبرنا شغل القمة والحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعا وهذه الكلمة تجري مجرى الاجماع ممن يعمل بالفطنيات وقال وان لم نشترط الشغل أو كانت الحوالة بالخلاف فلا بد من رضاه قطعا ونحو هذا الاخير ما في ايضاح النافع وجامع المقاصد والروضة وغيرها من أنا لو جوزنا الحوالة على البريء اعتبر رضاه قطعا ونسب أبو العباس في كتابه الى ابن ادريس الاقتصار على رضا المحيل والمحال وهو خطأ قطعا ولعل ما نسب الى أبي الصلاح كذلك والحاصل ان الاجماع كاد يكون معلوما ممن تقدم على المختلف وخلاف هؤلاء مسبوق به فلا يؤيده به على انه في المختلف لم يخالف صريحا قيل وعلى تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حد رضاها لان الحوالة عقد لازم لا يتم الا بإيجاب وقبول فالإيجاب من المحيل والقبول من المحال ويعتبر فيهما ما يعتد في غيرها من اللفظ العربي والمطابقة وغيرها وأما رضا المحال عليه فيكفي كيف اتفق متقدما ومتأخرا ومفارقة (حجة المشهور) بما عرفت أن الاصل بقاء الحق في ذمة المحيل فيستصحب ويقتصر على المتيقن وان نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه تابع لرضاه وانه أحد من تم به الحوالة فاشبه المحيل والمحال وان الناس متفاوتون في المعاملات والاقتضاء سهولة وصعوبة (وقد يجاب) بان الاصل معارض باصل عدم الاشتراط بعد وجود الدليل وهو عموم أوفوا بالعقود والحال ما سيأتي من النصوص وانما ننم أن الحوالة تقتضي النقل بل هي ابقاء لما في ذمة الغير فلا تقتصر عن بيع ما في ذمة الغير ولا يشترط فيه الرضا اجماعا (ومنه يعلم) حال دليل التفاوت في الاقتضاء لانه جار فيه وقد قالوا في الجواب عنه أيضا أن المحيل قد أقام المحال مقام نفسه في القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار الى رضا من عليه الحق كما لو وكله في القبض منه واختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من

وعلمهم بالقدر ولزوم الدين وكونه صائراً اليه (متن)

مطالبة المستحق أو من نصبه خصوصاً مع اتفاق الحقين جنساً ووصفاً (وأورد) عليه بأنه قياس للحوالة اللازمة المترتب عليها كثير من الأحكام المخالفة للأصول القطعية على الوكالة الجائزة (واجيب) بأن المراد من تشبيهها بالوكالة ليس إلا لدفع دليل الاشتراط أعني اختلاف الناس في سهولة القضاء وصعوبته بناءً على أنه لو صلح للاشتراط وإثبات المانع عن الحوالة بدون رضا لصلح لإثبات المانع عن الوكالة مع عدم رضا لجريبات دليل المنع عن الحوالة فيها ومثله لا يسمى قياماً بل تنظيراً وهو جائز إجماعاً حيث يحصل دليل آخر للحكم في المنظر غير نفس القياس كما فيما نحن فيه لأن الدليل هو عموم أوفوا بالعقود والاطلاقات الأخر كما أشرنا إليه آتياً ويدفع ذلك كله بعد الإجماع المحصل السابق على المخالف والمقول في ظاهر كلام جماعة مانعقت به تعريفاتهم وطفعت به عباراتهم من أن الحوالة ناقلة للمال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وأنها من أجل ذلك سميت حوالة قال في (التذكرة) الحوالة تقتضي نقل الحق من ذمة المحيل إلى المحال عليه عند علمائنا أجمع انتهى ونحوه ما في المبسوط والخلاف والسرائر والغنية وغيرها كما منسجم ذلك كله فكان المحال عليه كالضامن لا بد من رضا أو كالمستقرض من المحتال أن قلنا أنها إبقاء والبيع دل عليه الدليل وهو الإجماع الذي حكته والفاق الحوالة به قياس وصاحب جامع المقاصد الذي قال أنا نمنع أنها تقتضي النقل ستأتي له أنه أي النقل هو المشهور وعليه الفتوى ولعله لم يبق بعد اليوم في المسئلة أشكال (وليعلم) أنه استثنى في التذكرة من اعتبار رضا المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء قال فإنه لا يعتبر رضا المحيل لأنه وفاء دينه بنفي أذنه والعبارة عنه حينئذ أن يقول المحال عليه للمحتال أحلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي فيقبل فيقومان بركي العقد وتبعمه على ذلك جماعة منهم الشهيد الثاني في المسالك والروضة (وفيه) أن مثل هذا لا يندرج في الحوالة التي هي من العقود اللازمة لأن المتبادر من إطلاقات أخبار الباب غير هذا القسم ولا عموم في العقود التي أصرنا بالوفاء بها إلا بالنظر إلى العقود المتداولة في زمن الصدور فليحفظ هذا **﴿ قوله ﴾** (وعلمهم بالقدر) هذا قد نبه عليه في المبسوط والخلاف في أثناء كلام له فيهما وبه صرح في الشرائع والتذكرة والإرشاد والتحرير بل قال في الأخير يجب أن يكون المال معلوماً فلا تصح الحوالة بالمجهول إجماعاً وفي (مجمع البرهان) لعله لا خلاف في الاشتراط هنا وفي (جامع المقاصد والكفاية) أن المشهور اشتراط علمهم بالقدر قلت لم نجد المخالف وإنما احتملت الصحة مع الجهل في التذكرة والمسالك ومجمع البرهان احتمالاً إلا أن قول أن الخلاف فيهم من الوسيلة والغنية وغيرها حيث لم يذكر هذا الشرط فيها مع ذكر غيره من الشروط فتأمل إذ لعل تركهم له لمكان ظهوره كالبلوغ والرشد والوجه في هذا الشرط أنه لو أحاله بما له من الدين ولا يعرف قدره كان فيه من الضر ما لا يخفى لعدم العلم بالمأخوذ والمعطي فلا يصح وإن الحوالة إن كانت اعتباراً فلا يصح على المجهول كما لا يصح بيعه وإن كانت استيفاءً فإما يمكن استيفاء المعلوم ووجه احتمال الصحة أنها كالضمان فيلزم ما قوم به البيئة وهو إنما يتم على الاحتمال الثاني أعني الاستيفاء وحمله على الضمان لا يتجه لأنه مبني على الأرفاق والمساهمة والغرامة **﴿ قوله ﴾** (ولزوم الدين وكونه صائراً اليه) يريد أنه يشترط أن يكون المال نائباً للمحتال في ذمة المحيل لا في ذمة المحال عليه ولا فرق في الثابت بين كونه مستقراً وغيره كالتمن

وعلم المحتال باعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به شرط اللزوم وهل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل الاقرب عدمه لكنه أشبه بالضمان (متن)

في مدة الخيار وتكون الحوالة مراعاة بالبقاء على البيع فلو فسخ بالخيار ففي بطلان الحوالة وجان يأتي الكلام عليهما في نظيره وبهذا التقرير لا يبقى وجه لقوله في جامع المقاصد في اشتراط هذا الشرط مع القول بأن الحوالة على بريء الذمة جائزة نظر انتهى (وكيف كان) فهذا الشرط قد نبه عليه سي في المبسوط وصرح به في الشرائع والتذكرة والارشاد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والتحرير بل فيه أن شرطها ثبوت الحق في ذمة المحيل فلو أحاله بما يقرضه لم يصح اجماعاً وقد نقل عن بعضهم حكاية الاجماع على هذا الشرط في مجمع البرهان ولعله أراد ما في التحرير وفي (الحدائق) حكاية على البت وهو منه عجيب وفي (الكفاية) المشهور أنه يشترط أن يكون ثابتاً في الذمة ولعل نسبته الى الشهرة امدم تعرض جماعة كثيرين له ولعل السري في ذلك ظهوره من كلامهم وتعريفهم الحوالة وفائدة هذا الشرط الاحتراز عما ليس بثابت سواء لم يوجد سببه كما في مثال التحرير أو وجد سببه كمال الجمالة قبل العمل فانه لا يصح احالة الجاعل به للمجسول له لعدم ثبوته أما احالة المجسول له به على الجاعل لمن له عليه دين فانه جائز بناء على جوازها على البريء ~~قوله~~ وعلم المحتال باعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به شرط اللزوم ~~ملاءة~~ المحال عليه وقت الحوالة أو علم المحتال باعساره شرط فلو كان معسرا واحتال عليه مع جهله باعساره كان له فسخ الحوالة ومطالبة المحيل بالمال سواء شرط البسار أو أطلق عند علمائنا كما في التذكرة ونسب في السرائر الى أصحابنا اعتبار الملاءة وقت الحوالة أو علم المحتال باعساره وفي (الخلاف) الاجماع على الاول وفي (الفنية) نفى الخلاف عنه وقال فان رضي المحال بعدم ملاءته جاز وروى في الكافي عن منصور بن حازم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بدرهم يرجع عليه قال لا يرجع عليه أبداً الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك قال في (التذكرة) وهو نص في الباب ومثله رواية الصدوق عن أبي أيوب الحزاز من دون تفاوت والمراد بقوله عليه السلام الا أن يكون قد أفلس من قبل انه كان مفلساً ولم يعلم بافلاسه وبهم من الخبرين انه لو كان وقت الحوالة مالياً ثم تجدد له الاعسار فلا خيار و به نطق خبر عتبة بن جعفر عن أبي الحسن عليه السلام قال سأله عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصيرفي ثم تغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه اذا احتال ورضي قال لا وتغير المحال كناية عن الافلاس ويأتي الكلام فيما اذا انعكس الفرض المذكور عند تعرض المصنف له ~~قوله~~ وهل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل الاقرب عدمه لكنه أشبه بالضمان ~~عدم~~ الاشتراط خيرة المبسوط في أول الباب وعدة مواضع منه والخلاف والفنية والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح وايضاح النافع والمسالك والروضة ومجمع البرهان وفي (السرائر) نفى الخلاف فيه بين أصحابنا وحكي في الرياض عن السرائر الاجماع عليه واجماعها الصريح كاجماع المبسوط ان دلاقماً يدلان باطلاقهما (وحجتهما) على ذلك أصل الجواز وأصل عدم الاشتراط واطلاقات أخبار الباب وهي الثلاثة التي سمعناها في المسالك تبعاً لجامع المقاصد تبعاً للشهيد في حواشيه من أن مبنى القولين على أن الحوالة هل هي استيفاء أو اعتياض فعلى الاول تصح دون الثاني لانه ليس على المحال عليه شيء يجعل عوضاً عن حق المحتال فهو من تخريجات الشافعية

ولا يجب قبولها وان كانت على ملي فان قبل لزم وليس له الرجوع وان افتقر (متن)

في المسئلة وانما هي أصل برأسه وعقد مفرد كما هو صريح المبسوط والخلاف والسرائر والمختلف وحواشي الكتاب وغيرها وقال في (الخلاف) ان الذي يقتضيه مذهبتنا أن نقول انها عقد قائم بنفسه انتهى (قلت) اما انها ليست بيمين فلابطابق أصحابنا على ذلك كما تقدم الا ما يلوح من المبسوط في أثناء كلامه وهو مأول لانه صرح في عدة مواضع بأنها ليست بيمين ولا أنها لو كانت بيمين لجازت بلفظ البيع ولجازت الزيادة والنقصان فيها ولما جازت في التقود الا مع التقابض في المجلس وأما انها ليست استيفاء فلأنها لو كانت استيفاء لقدر أن المحتال استوفى ما كان له على المحيل وأقرضه المحال عليه وليس فيها استيفاء ولا اقراض محقق فلا يقدران ثم انها لو كانت استيفاء لوجب قبولها اذا أحاله على ملي والاجماع على خلافه كما يأتي فلا ريب انها ليست استيفاء وان قواه في التذكرة ونسب الشهد الى ظاهر كلام الاصحاب على انه قال في التذكرة في آخر مسئلة الاختلاف في أنها استيفاء أو بيع كل هذه الخلافات لا فائدة تمتمها ولا دليل عليها والمخالف فيما نحن فيه الشيخ في المبسوط في آخر الباب وحكا في الايضاح عن القاضي وابن حمزة ولم نجد ذلك في الوسيلة ولم يحكم والده في المختلف عن أحد غير الشيخ في المبسوط في آخر كلامه وكأنه في جامع المقاصد متأمل وليس في محله وفي (المفاتيح) ان الاظهر انه ضمان (قلت) قد قال المحقق والمصنف وغيرها انه أشبه بالضمان لا قضاائه قل المال من ذمة مشغولة الى ذمة بريئة وكان المحال عليه لقبوله ضامن لدين المحتال على المحيل قال في (المسالك) ولكنه بهذا الشبه لا يخرج عن الحوالة قطعا فتلحقه أحكامها وهذه الكلمة تجري مجرى الاجماع ممن يعمل بالظنون وقوله تلحقه أحكامها فيه انه ينبغي على ماسلف له انه لا يعتبر فيها رضا المحيل نعم له الرجوع مع الاذن كما في الضمان فليتأمل وليحفظ ما تقدم ويعتبر رضا المحال عليه قطعا كما تقدم قوله ﴿ ولا يجب قبولها وان كانت على ملي ﴾ بلا خلاف الا من داود وقد سمعت الاجماع المحكية على اشتراط رضا أي المحتال مضافا الى الاصل وقد المانع والدليل لان الواجب قبوله أداء الدين وليست أداء وانما هي قل وأوجب داود القبول لقوله صلى الله عليه وآله وسلم فيما حكى اذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل وقصور السند يمنع من حمله على الوجوب فليحمل على الارشاد بل على الاستحباب لما فيه من قضاء حاجة أخيه واجابته الى ما يتبعه وهذا يرشد الى انها ليست استيفاء والا لوجب القبول الا أن نقول ان وجوب القبول انما هو في الاموال الموجودة في الخارج لا في المساهية الكلية فتأمل قوله ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قبل لزم ﴾ بالنص والاجماع كما تقدم وانتقل الحق الى ذمة المحال عليه وبه قال جميع الفقهاء الا زفر ابن الهذيل كما في الخلاف وبلا خلاف الا من زفر كما في الفقيه واجماعا الا من زفر كما في المبسوط والسرائر والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له الرجوع وأن افتقر ﴾ بلا خلاف بيننا وبه نطق خبر عقبه المتقدم ذكره وهو المروي عن علي أمير المؤمنين عليه السلام كما في الخلاف والمخالف ابو حنيفة قال له الرجوع عليه اذا جحدته الحال عليه أو مات مفلسا وحكوا عن عمر انه يرجع عليه اذا افلس وحجر عليه الحاكم وبه قال ابو يوسف ومحمد بن الحسن ولا فرق عندنا بين اخذ المحتال شيئا من المال وعدمه عملا باطلاق النص والفتوى والاجماع مضافا الى اصاله لزوم العقد وعدم اشتراط الاخذ بل ظاهر المختلف الاجماع صريحا وخالف سائر قتال الحوالة بين ضررين احدهما ان يكون

ولو ظهر له فقره حالة الحوالة تخير في الفسخ وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر
اشكال وهي ناقله فيراً المحيل عن دين المحتال وان لم يبرأ المحتال على رأي (متن)

قد اخذ المحال له بعضاً والاخر أن يكون لم يأخذ فأن أخذ لا يجوز له الرجوع وأن لم يأخذ يجوز له
الرجوع وهو شاذ نادر مرغوب عنه كما في السرائر ولا حجة له الا ان القبول يتم بذلك وهي واهية
قوله ﴿ ولو ظهر له فقره حالة الحوالة تخير في الفسخ ﴾ قد تقدم الكلام فيه وبه يخبر
منصور وابي ايوب ﴿ قوله ﴾ (وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر اشكال) يريد
انه لو كان معسراً ثم تجدد له اليسار قبل أن يفسخ فهل يزول الخيار اشكال ينشأ من زوال الضرر
ومن ثبوت الرجوع قبله فيستصحب وهذا هو الاظهر من اطلاق النص والفتوى وهو خيرة جامع
المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض لان الموجب للرجوع ليس هو الاعسار على الاطلاق
ليزول بزواله بل هو الاعسار وقت العقد وهذا لم ينتف ولم يزل فيثبت حكمه وفيه نظر ظاهر لان
الاعسار وقت العقد قد اتفق لا تنفائه الضرر لانه هو السبب في ذلك قطعاً وليس الاعسار وقت العقد
موجباً للخيار من حيث هو اعسار كذلك حتى يكون حكمة بل هو معلل ومنه يعلم قوة ما حققه في
الايضاح قال والتحقيق انه ينشأ على ان علل الشرع هل هي معرفات أو علل حقيقة وعلى الثاني هل
الباقى مستغن عن المؤثر أو محتاج ومراده انه اذا امتنع الباقي عن المؤثر أو قلنا العلل معرفات ثبت
الخيار وان قلنا انه محتاج الى المؤثر زال الخيار لزوال العلة وقد عرفت الحال ولم يرجع في التذكرة ولا
في الحواشي. وفي الاخير اذا قلنا بالخيار كان على الفور قلت فيه نظر كما في نظائره ﴿ قوله ﴾
(وهي ناقله فيراً المحيل عن دين المحتال وأن لم يبرأ المحتال على رأي) اما انها ناقله فقد سمعت أن
الاجماع يحكي على ذلك صريحاً في خمسة مواضع وظاهراً في موضعين وبذلك طفحت عباراتهم من
غير خلاف بينهم ولا يستلزمه ما متسعه وان توهمه صاحب التنقيح كما ستسمع واما انه يبرأ المحيل
من دين المحتال وان لم يبرأ فهو الذي تقتضيه عبارة المبسوط والخلاف والغنية بل كاد يكون صريحاً
بل نسب ذلك صاحب السرائر الى الخلاف وعبارة المبسوط والغنية كعبارة الخلاف من دون تفاوت
قال في (الخلاف) اذا احال رجل على رجل بالحق وقبل الحوالة وصحت تحول الحق من ذمة المحيل الى
ذمة المحال عليه (دليلنا) ان الحوالة مشتقة من التحويل فينبغي أن يعطى اللفظ حقه من الاشتقاق وبه
قال جميع الفقهاء الا زفر ابن المذيل فانه قال لا يتحول الحق عن ذمته وقال ايضاً اذا انتقل الحق
بحوالة صحيحة فانه لا يعود عليه سواء بقي المحال عليه على غناه الى آخره فاما في المختلف من انه لم
يتعرض في الخلاف والمبسوط لذلك لعله لم يصادف محزه وكيف كان فما نحن فيه صريح السرائر
والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح وحواشي
الشهيد والمقنصر وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية والمفاتيح
والرياض وفي (التذكرة وجامع المقاصد والروضة والمسالك) انه المشهور وزاد الكركي أن عليه الفتوى
وفي (الكفاية) انه الاشهر وقضية ما في التذكرة انه مشهور بين المتقدمين فلا تنقل عن هذا والخالف
الشيخ في النهاية وابن حمزة في الوسيلة وهو الظاهر من المقنعة والمحكي عن ابي علي والقاضي والتمحي
وكانه قال به أو مال اليه صاحب التنقيح (حجة المشهور) الاجماع المتقدمة المحكية على انتقال الحق

ويتحول حقه الى ذمة الحال عليه ويبرأ الحال عليه عن دين المحيل وتصح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأي (متن)

بمجرد الحوالة مضافاً الى اطلاق النصوص الثلاثة التي سقتها آنفاً وبمضاهي صريح في عدم الرجوع بعد الرضا وهو خبر عقبه وعموم الأدلة بلزوم الوفاء بالعقود كتاباً وسنة بناء على أن معنى الحوالة الانتقال من حينها نظر الى مبدأ اشتقاقها فإذا تحققت وجب تحقق المبدأ مع أن الإبراء أن كان قبل الانتقال استلزم بطلان الحوالة إذ ليس له حينئذ شيء في ذمة المحيل وإن كان بعدها لزم تحصيل الحاصل لأن ذمته برأت بالحوالة فلا حاجة الى إبراء آخر وبعبارة أخرى أن الحوالة تقتضي البراءة والإبراء يقتضي البقاء واسقاط الحق فتكون الحوالة من قبيل الوكالة هذا خلف وهذا كله مبني على الاجماع المحكية على الانتقال بل الاجماع معلوم فكان جميع ما في التنقيح غير صحيح لأن الشيخ في النهاية ومن وافقه ما استندوا الى عدم الانتقال ولا نازعوا فيه ولا قالوا أن سقوط الحق عن المحيل لا يقتضيه الحوالة الا على القول بأنها عقد معاوضة وإنما استندوا الى حسنة زرارة عن الباقر عليه السلام بإبراهيم وهي مروية ايضاً باسنادين آخرين ضعيفين في الرجل يحيل الرجل بماله كان له على رجل فيقول له الذي احتال برأت من مالي عليك قال اذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه وإن لم يبرأه فله أن يرجع على الذي احتاله وقد حملت تارة على التقية من الحسن البصري وأخرى على السلب الكلبي والإيجاب الجزئي فيكون المراد في الإيجاب أن له أن يرجع اليه في بعض الاحيان وهو ما اذا ظهر اعسار المحيل حال الحوالة مع جهل المحتال بحاله وفيه نظر ظاهر وأخرى على أن الإبراء كناية عن قبول المحتال الحوالة فمضى قوله برأت من مالي عليك أي رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل فبرأت أنت فكفى عن الملتزم باللائم وهكذا القول في قوله ولو لم يبرأه فله أن يرجع لأن المقدم بدون رضاه غير لازم فله أن يرجع وحملت في التذكرة على ما اذا شرط المحيل البراءة قال فانه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر افلاس الحال عليه ونعم ما قال المقدس الأردبيلي وغيره لا كانت غير صحيحة ومخالفة للاجماع على أنها ناقلة ومخالفة للأخبار الأخرى الصريحة في عدم الرجوع بعد الرضا كخبر عقبه فلا بد من تأويلها وإن بعد ﴿ قوله ﴾ ويتحول حقه الى ذمة الحال عليه ويبرأ الحال عليه عن دين المحيل ﴿ هذا مما يتفرع على قوله ناقلة فهو من تنمة التفريع ووجهه انه متى انتقل الحق من ذمة المحيل عليه صار في ذمته حق المحتال فاستمع بقاؤه على ملك المحيل فيبرأ الحال عليه من دين المحيل ﴿ قوله ﴾ وتصح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأي ﴿ قد تقدم الكلام في الاول وأما الثاني وهو الحوالة على من عليه مخالف للحق فانه يتصور على وجهين (الاول) أن يكون على المحيل لزيد مثلاً درهم فيحيله على عمرو بدنانير والحال أنه له على عمرو دنانير (الثاني) أن يحيله على عمرو الذي ليس له عليه الا الدنانير بدراهم وهذا هو الذي فرضوا النزاع فيه وصحة الحوالة في المثال ونحوه خيرة المبسوط في موضع منه والتذكرة والتحرير والحواشي واللمعة والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح عملاً باصالة الجواز الناشئة من العموم والاطلاق ونحو ما دل على جوازها على البريء فلي من عليه بالمخالف أولى وضرر التسلط مدفوع باعتبارنا رضا الحال عليه مطلقاً أو في خصوص ما نحن فيه كما في المختلف فاذا رضي أن يدفع من غير الجنس الذي عليه فلا مانع أصلاً والمخالف الشيخ في المبسوط في اول الباب

ويصح تراخي الحوالات ودورها (متن)

وابن حمزة والسيد حمزة ابن زهره والقاضي فيما حكى عنه فاعتبروا اتفاق الحقين في الجنس والنوع والصفة وهو ظاهر النافع ونحوه مما عرفت فيه الحوالة بتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله اذ المخالف ليس مثلاً وقال في (التذكرة) من مشاهير الفقهاء وجوب التساوي في الدينين الى آخره وتردد في الشرائع وكذا الكفاية (حجة الشيخ) ومن واقعته أن حقيقة الحوالة بتحويل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فإذا كان على المحيل دراهم وله على المحال عليه دنائير كيف يصير حق المحال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك فإن الحوالة أن كانت استيفاء كان بمنزلة من استوفى دينه واقرضه المحال عليه وحقه الدراهم لا الدناير وأن كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال أو زيادة قدر أوصفه وإنما هي معاوضة ارفاق ومسامحة للحاجة فاشتراط فيها التعانص والتساوي والقدر والصفة لئلا يتسلط على المحال بما ليس في ذمته كما ذكر ذلك في التذكرة وغيرها والظاهر أن هذا القول مبني على علم اعتبار رضا المحال عليه ومنع الحوالة على البري فإذا اعتبر أو جوز لم يشترط قطعاً لكن المخالفين في المقام يعتبرون الرضا ويجوزون الحوالة على البري ثم إن ذلك لا يتم مع قلب حق المحتال الى جنس المال المحال به كما في الوجه الاول من وجهي المسئلة فأنهما لو تراضيا على هذا الوجه لم يستوف من المحال عليه غير ما في ذمته فلا محذور هذا وفي الوجه الثاني يبرأ المحيل قطعاً من مال المحال في الحال قاله الشهيد وقال في براءة المحال عليه من مال المحيل في الحال أو بعد الاداء احتمالان البراءة لانه لو بقي له حق لكان له المطالبة به وهو خروج عن معنى الحوالة وعدمها لعدم منافات اداء دينه عنه وبقاء دينه عليه لانه في المثال انما لزم المحال عليه للمحال دراهم لمكان رضاه وبقيت الدناير في ذمته للمحيل وصار له في ذمته أي المحيل دراهم فينتد مع الاداء تحتل المقاصة لانهاض معنى الحوالة ويحتمل اعتبار التراضي لان لكل منهما على صاحبه حقاً مخالفاً والمعهود في مثله اعتبار التراضي ولكنك قد عرفت أن المفروض ان التراضي حصل سابقاً بين الثلاثة على تحويل الحق الذي في ذمة المحال عليه الى جنس ما في ذمة المحيل فلا حاجة الى تراض جديد عند الاداء والتقابض ويبقى الكلام فيما اذا أطلق ولم يعين أحد الوجهين فيحتمل البطلان لاختلاف الفرض من كل من الصورتين وعدم لفظي بدل على التعيين والصحة وينصرف الاطلاق الى وجوب دفع الحق المحال به كما في الحواشي **قوله** **ويصح تراخي الحوالات ودورها** أما صحة تراخيها فقد صرح به في المبسوط والشرائع والتحرير والكفاية والتذكرة والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان وأما دورها فقد صرح به في السبعة الاخيرة وهي التذكرة وما ذكر بعدها عملاً فيها بالاصل المستفاد من عموم أوفوا واطلاقات أخبار الباب ولانه كما تصح الحوالة الاولى لاجتماع شرائط الصحة تصح الثانية كذلك ومتى أحال المحال عليه برأ كالاول وهكذا لو تعدد وهو المراد بالتراخي كأن أحال المديون زيداً على عمرو ثم أحال عمرو زيداً على بكر ثم أحال بكر زيداً على خالد وهكذا ودورها بأن يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الاول بأن تكون ذمته مشغولة لمن أحال عليه أو بريشة على المختار وفي الصورتين المحتال متحد وإنما تعدد المحيل والمحال عليه وفي (جامع المقاصد) أن التراخي وقوع الحوالة من المحال عليه على آخر من غير تهيد بنائة مخصوصة وفي (جمع البرهان) أن التراخي الى غاية فأمل (وليعلم)

والحوالة بما لا مثل له وبالثمن في مدة الخيار وبمال الكتابة بعد حلول النجم وقبله على اشكال ولو أحال المكاتب سيده بثمان مائة جاز (متن)

أنه يصح ترامي الكفالة دون دورها لأن حضور المكفول يطل ما تأخر منها ﴿ قوله ﴾ ﴿ والحوالة بما لا مثل له ﴾ يشير بذلك الى خلاف الشيخ في المبسوط وابن حمزة في الوسيلة ولا ثالث لهما فيما أجد قسبته الى الشيخ وجماعة من جماعة لم تصادف محزها قال في (المبسوط) إنما تصح في الأموال ذوات الامثال واستند في عدم جواز الحوالة بالقيمي الى كونه مجهولاً (وفيه) أنه مضبوط بالوصف والواجب فيه القيمة وهي مضبوطة أيضاً تبعاً لضبطه بالوصف الذي يوصف به السلم فصار الحاصل أنه ان حوله بنفس القيمي كأن يكون قد أسلفه على خمس من الابل وقد أسلف هو آخر على خمس كذلك فحوله عليها أو بنفسه أيضاً بأن يراد الحوالة بقيمته فالحوالة بهما صحيحة فالمانع مقنود وعموم الأدلة تشمله والصحة خيرة المبسوط بعد ذلك بأوراق اذا كان معلوماً والخلاف والشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف والتفريح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والرياض وهو المحكي عن أبي علي (ويبقى الكلام) فيما لا يصح السلم فيه فهل يجوز الحوالة به احتمالان اقربهما كما في التذكرة الجواز لان الواجب في الذمة حينئذ القيمة فالعين غير ثابتة في الذمة فالحوالة بها حوالة بقيمتها وقد فهم في جامع المقاصد من عبارة الكتاب أنها مبنية على أن الواجب في القيمي مثله ثم ينتقل الى القيمة للمتمذر حيث انه لا مثل له وان المصنف أراد ثبوت صحة الحوالة فيه وان قلنا ان الواجب فيه هو المثل ثم ينتقل الى القيمة لان الوصول الى الحق ممكن بالمثل وبالقيمة فيما لا مثل له ومتى أمكن الوصول الى الحق فلا مانع من صحة الحوالة انتهى وقد عرفت أن الغرض التنبيه على خلاف الشيخ فتجشم ما تجشم فأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبالثمن في مدة الخيار ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه حق ثابت آيل الى الزوم وتزله لا ينافي نقله الى ذمة أخرى ولا استيفاءه والمخالف بعض الشافعية وكلام المبسوط في العبد يعطي المنع وهل يسقط بذلك الخيار وجهان أقواهما السقوط وقوى في التذكرة البقاء واذا انسخ البيع لفسخ صاحب الخيار في بطلان الحوالة وجهان أظهرهما البطلان في بعض الصور كما يأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبمال الكتابة بعد حلول النجم ﴾ كما في الشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لانه مال ثابت في ذمة المكاتب فصحة الحوالة به على العبد وفي (المسالك) لا اشكال فيه وخصوص خلاف الشيخ في المبسوط بما قبل الحلول ونحو ذلك مما في الشرائع والشيخ منع من الحوالة به على العبد وأطلق لجواز تعجيز نفسه فلا يمكن الزامه بالاداء فيكون مخالفاً فيما نحن فيه فأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقبله على اشكال ﴾ ونحوه ما في الشرائع والايضاح من عدم الترجيح والجواز خيرة التذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لانه مال ثابت بمقد لازم ومنع انه يجوز له تعجيز نفسه ولو سلم فلا ينقص حاله عن الثمن في مدة الخيار وقد سمعت أن الشيخ أطلق المنع وتبعه على ذلك القاضي فيما حكى ووجه الاشكال مما ذكر ومما استند اليه الشيخ من أن مال الكتابة ليس بدين ثابت لان للمكاتب اسقاطه بالتعجيز وزيد له امكان موته قبل حلول النجم فيظهر عدم استحقاقه فليأمل في الوجه الثاني فإنه لا يناسب على مختار المصنف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أحال المكاتب سيده بثمان مائة جاز ﴾ معناه كما في جامع المقاصد

ولو كان له على أجنبي دين فاحاله عليه بمال الكتابة صح لانه يجب تسليمه ولو قضى المحيل الدين بمسئلة المحال عليه رجع عليه وان تبرع لم يرجع وبرا المحال عليه ولو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال قاضي شغل ذمته قدم قول المنكر مع اليقين (متن)

انه اذا أحال المكاتب سيده على اسان بمال الكتابة صحت الحوالة وبه صرح في المبسوط وحكى عليه الاجماع في التحرير وظاهر التذكرة حيث قال عندنا وعند كثير من العامة (قلت) فتحرر ويكون ذلك بمنزلة الاداء سواء أدى المحال عليه أولا حتى لو أقلس به لانه أحاله على مال مستقر وقد قيل فيرا كما في التذكرة وغيرها ويحتمل أن يكون معنى العبارة أن المكاتب أحال سيده بشئ الثوب مثلا الذي باعه السيد للمكاتب كما في السرائع قال فيها ولو باعه السيد سلعة له فأحاله بثمنها جاز وخص البيع ولم يذكر حكم مطلق الدين مع اشتراكهما في المعنى تبينها على خلاف الشيخ في المبسوط في مسئلة البيع حيث انه يمكن فسخ الكتابة بناء على أصله من حوارها من جهته فيوجب استحقاق السيد شيئا على عده بخلاف ما لو باعه أجنبي وأحاله على المكاتب بثمنه فإنه لا سبيل له الى اسقاطه ولو فسخت الكتابة فإنه يثبت في ذمته وبه يرتفع التكرار الذي نبه عليه في جامع المقاصد ~~قوله~~ ﴿ ولو كان له على أجنبي دين فاحاله عليه بمال الكتابة صح لانه يجب تسليمه ﴾ هذا صرح به في المبسوط وغيره وقال في (جامع المقاصد) قد كان هذا مغنيا عما قبله لان الدين شامل لثمن وغيره ومعنى قوله يجب تسليمه أنه يجب على المديون تسليم مال للمكاتب عليه أو الى من يرتضيه والشهيد فهم من العبارة أن المولى أحال الاجنبي المديون للمكاتب على المكاتب بمال الكتابة وشرط في الصحة اجابة العبد - ~~قوله~~ ﴿ ولو قضى المحيل الدين بمسئلة المحال عليه رجع عليه وان تبرع لم يرجع وبرا المحال عليه ﴾ كما في المبسوط والسرائع والتذكرة والتحرير والمسالك والكمالية ووجه ظاهر لان الحوالة لما كانت ناقله صار المحيل بالنسبة الى دين المحتال بمنزلة الاجنبي لبراءة ذمته فاذا أداه بعد الحوالة كان كمن أدى دين غيره بغير اذنه فيشترط في جوار رجوعه عليه مسئلته والا كان متبرعا وبرا المحال عليه من الدين ونهبوا بذلك على خلاف أبي حنيفة وأصحابه حيث قالوا لا يكون مبرعا ويكون له الرجوع به لان الدين باق في ذمة المحيل من طريق الحكم وان برا في الظاهر وهو غلط لانه لو كان الحق باقيا في ذمته حكما لملك مطالبته الى غير ذلك من المماسد المخالفة لمواعيد الباب ~~قوله~~ ﴿ ولو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال قاضي شغل ذمته قدم قول المنكر مع اليقين ﴾ كما في السرائع والتذكرة والتحرير والارصاد واللمعة وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكمالية لان الحوالة جائزة على البري فلم تقتضي باطلاها بوث دين كذلك فاقول قوله مع يمينه عملا بأصل البراءة ولا معارض له الا الظاهر اذ الظاهر أنه لو استتال ذمته لما أحيل عليه والاضل مقدم على الظاهر وانما يتخلف في مواضع مادرة ولو اشترطا في الحوالة استتال ذمة المحال عليه تعارض أصل صحة العقد وأصل البراءة وفي (جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان) انهما يتساقطان ويبقى مع المحال أداء دين المحيل باذنه فيرجع عليه ولا ينعى وقوع الاذن في ضمن الحوالة الباطلة المتقضي بطلانها لبطان تابعها لا فاقها على الاذن وانما اختلافنا في أمر آخر فاذا لم يثبت ما اختلفا يبقى ما اتفقا عليه من الاذن في الوفاء المتقضي للرجوع (قلت) أصل

ولو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق فإن قلنا الحوالة استيفاء بطلت لانه نوع ارفاق
فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحاً ثم فسخ
فانه يرجع بالصحيح وان قلنا أنها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب
فانه يرجع بالثمن لا الثوب (متن)

صحة العقد قد ورد على أصل البراءة فيقطع به اذ المفروض من اتفاقها على وقوع العقد الجامع للاركان
كما هو الشأن فيما لو اختلفا في صحة البيع وفساده كما لو ادعى قد شرط كجالة الثمن ونحوها فإن القول
قول مدعي الصحة وإن كان الأصل معه الملك على مالكه والأصل براءة ذمة كل واحد منهما من
وجوب التسليم فالقول قول المجمل حينئذ كما هو خيرة التذكرة واحتمال اطلاق الحوالة هنا مجازاً على
غير ذات الشغل لا يمكن الاستناد اليه لما فيه من الفساد في سائر الابواب وبالغ في جامع المقاصد فقال
سيأتي بيان عدم الاعتداد بأصل الصحة عن قريب يعني في مقابلة أصل البراءة وقد لحظنا ما يأتي
له فلم نجد له ما يبين منه عدم الاعتداد بهذا الأصل الا ما ذكره في شرح قوله ولو صدقها المحتال
وادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع لئيم وذلك في مقام آخر لا يشبه ما نحن فيه بل كلامه هناك
يؤيد هذا الأصل ويشيده في مثل ما نحن فيه فليحفظ ذلك نعم تقدم له في باب الضمان ويأتي له في
الاجارة أن أصل الصحة في العقود اما يتسلك به بعد استكمال أركانها كما تقدم بيانه مفصلاً وما
نحن فيه في غير الاركان ثم انا نقول كما سيأتي أن الحوالة اذا طلعت لم يبق الاذن لان بناء البقاء على
أن الخاص اذا ارتفع يبقى العام (وفيه) أن الاذن العام انما كان في ضمن الاذن الخاص والاذن الضمني لا يقوم
بنفسه فيرتفع بارتفاع ما تضمنه ولا كل الوكالة والشركة كما سيأتي بيان ذلك كله عند تعرض المصنف
له وليعلم أن الحال عليه اذا كان بريء الذمة لا يرجع على المجمل الا بعد الاداء لان الحوالة حينئذ في
معنى الضمان ولهذا عبر في السرائع وغيرها بالاداء ~~قوله~~ ﴿ولو احتال البائع ثم ردت السلعة
بعيب سابق فإن قلنا الحوالة استيفاء بطلت لانه نوع ارفاق فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق كما
لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحاً ثم فسخ فانه يرجع بالصحيح وان قلنا أنها اعتياض لم تبطل
كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب فانه يرجع بالثمن لا الثوب﴾ لا فرق بين الفسخ بخيار
العيب وغيره من أنواع الخيار والاقالة والفسخ بالتحالف ونحو ذلك مما لا يطل البيع من أصله بل
من حينه لكن المحقق والمصنف مثلاً بالعيب تبعاً للشيخ في المبسوط والعمدة ومعنى العبارة أن زيداً
باع عبداً مثلاً بمائة درهم لعمره ثم أن عمرأ أحال زيداً بالمائة على بكر ثم أن عمرأ وجد في العبد
عيماً سابقاً على العقد أو لاحقاً على وجه يجوز الفسخ كالعيب قبل القبض وقبل انقضاء الثلاثة في الحيوان
فردّه أي رد المشتري العبد بالعيب وفسخ البيع فالشيخ في المبسوط قال بطلت الحوالة لأنها تابعة
لصحة البيع فاذا بطلت الحوالة وفي (مجمع البرهان) أنه أي البطلان أقوى واليه يرجع كلام الايضاح
وجامع المقاصد وكل من قال أن الحوالة استيفاء كما ستعرف والمحقق في السرائع والمصنف في الارشاد
تردداً وكذلك التحرير والتذكرة وغاية المراد والمسالك حيث لا ترجيح فيها (وقال فخر الاسلام) في
شرح الارشاد أن البطلان أولى (حجة الشيخ) ما حكيناه عنه من أنها تابعة للبيع ومرتبة على شغل ذمة

فان قبضه فهل يقع عن المشتري يحتمل ذلك والوكالة عقد مخالف للحوالة بخلاف ما لو فسدت الشركة والوكالة فان الاذن الضمني يبقى ويصح التصرف لان المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالاذن وهما مختلفان وبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر وفي الشركة يتصرف بالاذن فاذا بطل خصوص الاذن بقي عمومه (متن)

الدين وقال المقدس الاردبيلي يمكن أن لا يكون للمحيل استحقاق الاخذ من البائع لبطلان الحوالة فيكون المطالب هو المحال عليه وهو غير بعيد على تقدير الاخذ بعد البطلان واما انه عليه بدله ان تلف فلانه قبضه بدلا عن دينه الذي هو الثمن فكان قادما على ضمانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قبضه فهل يقع عن المشتري يحتمل ذلك ﴾ لانه كان ماذونا في القبض بحجة فاذا بطلت بقي أصل الاذن والاصح عدم لان الاذن الذي كان ضمنا لا يقوم بنفسه كما ذكر ذلك كاه في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وحاصل ما ذكره جميعا أن البائع اذا خالف وقبض مال الحوالة الذي قلنا انه ليس له قبضه فانه لا يقع له قطعا لانه لا استحقاق له وهل يقع عن المشتري بحيث يتعين له بهذا القبض فيه احتمالان (أحدهما) انه يقع لانه كان ماذونا في القبض لحقه بالحوالة فاذا بطلت بقي أصل الاذن لان الخاص اذا ارتفع يبقى العام (والثاني) عدم لان الاذن العام انما كان في ضمن الاذن الخاص والاذن الضمني لا يقوم بنفسه فيرتفع بارتفاع ماتضمنه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والوكالة عقد مخالف للحوالة ﴾ ومثله قال في التذكرة ويريد أن لو قلنا بوقوع القبض وجوازه بالاذن قائما يكون عن المشتري بوكالة منه لانه يكون قد استنابه في القبض عنه وليس لهذه الوكالة ما يقتضيها الا الحوالة وهي لا تقتضي الوكالة لانها عقد ان متغير ان وقد يقال لا حاجة الى هذا بعد فرض انتفاء الاذن الضمني ﴿ قوله ﴾ ﴿ بخلاف ما لو فسدت الشركة والوكالة فان الاذن الضمني يبقى ويصح التصرف لان المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالاذن وهما مختلفان وبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر وفي الشركة يتصرف بالاذن فاذا بطل خصوص الاذن بقي عمومه ﴾ هذا ذكره في التذكرة في فرع فرعه على المسئلة وقد اوضحه الشهيد في حواشيه والمحقق الثاني في جامع المقاصد وكذلك صاحب المسالك بانه جواب سؤال مقدر صورته انه كيف انتهى الاذن في قبض المال المحال بطرقة بطلان الحوالة مع ان الاذن في التصرف يبقى في الوكالة والشركة الفاسدتين كما لو وكله في التصرف اذا جاء رأس الشهر وشاركه على الاستواء في الربح واختصاص أحدهما بالخسران فيعتبر الاذن الضمني فيهما ويحكم ببقائه (والجواب) بالاختلاف بينهما وبين الحوالة لان المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق والمحيل بالاذن وهما أي قبضه لنفسه بالاستحقاق وقبضه للمحيل بالاذن مختلفان لان أحدهما حوالة والآخر وكالة فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الأخرى قطعا اذ من المعلوم البين أن الحوالة لم تتضمن التوكيل كما أن البيع لا يتضمنه فاذا بطلت الحوالة توقف ثبوت الوكالة على مقتضى له اما في الشركة والوكالة فلا واقتصر المصنف على ذكر الشركة اثارا للاختصار واعتمادا على حصول المراد بذكرها فانه يتصرف بالاذن حيث استنابه في التصرف فاذا بطل خصوص الاذن لنساد العقد بقي عمومه (ثم قال في جامع المقاصد) والحق ان الذي يحصل مما ذكره هو ان بقاء عموم الاذن في التصرف في الوكالة والشركة اذا

ولو أحال البائع رجلا على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين سواء قبض أم لا (متن)

فسدنا أقرب من ثبوت الوكالة بفساد الحوالة لشدة البعد بينهما أما صحة بقاء الأذن الضمني فيها بحيث يحكم بجواز التصرف بمجرد ادعائه بقاء عموم الأذن فليس بظاهر لامتناع بقاء الضمني بعد ارتفاع المطابق لا بدليل يدل عليه غير كونه ضمينا ونحو ذلك ما في المسالك (قلت) هما قولان مشهوران في باب الوكالة منشأ البقاء كون الفاسد إنما هو العقد أما الأذن الذي هو مجرد إباحة تصرف فلا كما لو شرط في الوكالة عوضا مجهولا فقال بيع كذا على أن لك العشر من ثمنه ففسد الوكالة دون الأذن وإن الوكالة اخص من مطلق الأذن وعدم الاخص اعم من عدم الاعم ومنشأ العلم أن الوكالة ليست أمرا زائدا على الأذن وما يزيد عنه مثل الجعل أمر زائد على الوكالة لصحتها بدونها فلا يقل فسادها مع صحة أي الأذن لكن المصنف هنا وفي التذكرة في موضعين منها والمختلف وغيره ذهب إلى صحة التصرف بالأذن الضمني وهذا حديث إجمالي والتفصيل في باب إنشاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أحال البائع رجلا على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين سواء قبض أم لا ﴾ عدم بطلان الحوالة هنا خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد وشرحه لولد المصنف وجامع المقاصد والايضاح والمسالك وقد حكى في التحرير والآخرين عن الشيخ دعوى الاتفاق عليه والموجود في المبسوط لم تبطل الحوالة بلا خلاف والظاهر أن مراده بلا خلاف بين العامة لأنه ذكر خلافهم في العكس أو أن مراده بلا خلاف بينه وبين العامة والا فهذا الفرع ما لم به أحد منا قبله نعم الاجماع محكي صريحا في شرح الارشاد لفخر الاسلام ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد قبض أولا لا ينتقل الملك بدون القبض واحتل في التحرير بطلان الحوالة أن كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن ثم احتل الصحة والوجه في المسئلة بعد ما سمعته عن المبسوط أنه لا يشترط شغل ذمة المحال عليه كما مر فإذا بطل البيع لم تبطل الحوالة لأنها من حين البيع إلى حين بطلانها حوالة على مشغول الذمة ومن حين البطلان صارت على بريء فلا تحتاج إلى بقاء شغل الذمة وقد وجهه في المبسوط والشرائع والكتاب وغيره بأنها تعلقت بغير المتعاقدين وقد أشاروا به إلى الفرق بين حوالة المشتري البائع وحوالة البائع الاجنبي على المشتري فإن الحق في الأول كان مختصا بالمتعاقدين بسبب المبيع فإذا بطل السبب بطل التابع لأن الحوالة إنما كانت طريقا لاستيفاء البائع الثمن فلم يتعلق بذلك حق ثالث بخلاف حوالة الاجنبي فانها لا تبطل وإن حكم بالبطلان ثمة لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين حيث أن الثمن صار مملوكا للاجنبي قبل فسخ العقد كما لو باع البائع الثمن لشخص آخر (قلت) هذا يتوجه (يقبه خل) حيث يسبق القبض الرد وصاحب الايضاح لم يقول الأعلى اجماع الشيخ قال لأن الاجماع المنقول بخبر الواحد حجة وقد عرفت حال هذا الاجماع وخلاف الأقرب احتمال البطلان لأن استحقاق المحال فرع على استحقاق المحيل وقد بطل ولأن الاحالة إنما هي بالثمن (ورد في جامع المقاصد والمسالك) بأنه فرع وقت الحوالة لا مطلقا أي لا بعد الحوالة لأفادتها الملك حين وقعت بغير معارض وقد سمعت ما في التحرير وانت خبير بأنه على القول باشتراط شغل ذمة المحال عليه بجبي الاشكال ويقوى احتمال البطلان بل قد يقال على القول بعدم الاشتراط أن المشتري ما قبل الحوالة

ولو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في صورتين ويرجع على من شاء من المحتال والبائع ﴿فروع﴾ الاول لو أحال بئمن العبد على المشتري وصدق الجميع العبد على الحرية بطلت الحوالة ويرد المحتال ما أخذه من المشتري ويبقى حقه على البائع وان كذبهما المحتال وأقام العبد بينة أو قامت بينته الحسية فكذلك (متن)

الا باعتقاد شغل ذمته فيكون كأنه قد اشترط ذلك ويرشد اليه ما سيأتي فيما اذا بطل العقد من أصله في هذه الصورة فليس ذلك الاحتمال ظاهر الضعف كما في جامع المقاصد ولا بتلك المسكاة منه كما في المسالك ولذلك عبر المصنف هنا وفي التذكرة بالاقرب وتوقف في التحرير ﴿قوله﴾ ولو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في صورتين ﴿كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وشرح الارشاد لفخر الاسلام وفيه الاجماع على بطلان الحوالة فيما اذا أحال البائع اجنيا وظهر فساد البيع والمراد بالصورتين والموضعين فيما عبر فيه بذلك ما اذا أحال المشتري البائع وما اذا أحال البائع اجنيا وقد وجهه بأن صحة الحوالة فرع ثبوت الثمن للبائع على التقديرين فاذا تبين بطلان البيع من أصله ظهر عدم استحقاق البائع الثمن في نفس الامر في ذمة المشتري (قلت) اذا جازت الحوالة على البريء لم يتجه هذا التوجيه في الصورة الثانية نعم يتجه في الاولى لان من شرطها أن يكون المحيل مشغول الذمة فالوجه فيه بعد الاجماع المنقول انه انما أحاله على الثمن الذي في ذمة المشتري باعتقاد ذلك مع انه لا شغل في نفس الامر والواقع فلم تقع الحوالة موقعا بخلاف صورة طريان الفسخ فان الشغل ثابت حين العقد والدوام غير شرط فأمل ولا تغفل عما ذكرناه في وجه احتمال عدم القرب في المسئلة السابقة ولا يخفى أن الحوالة وقعت في نفسها باطلة لانها بطلت بظهور بطلان البيع كما هو ظاهر العبارات ولهذا قال في جامع المقاصد قد كان الأحسن أن يقول ولو فسد البيع فالحوالة باطلة والامر في ذلك سهل ﴿قوله﴾ ﴿ويرجع على من شاء من المحتال والبائع﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك أما رجوعه على المحتال فلا لأنه قد وضع يده على المال وأما رجوعه على البائع لو كان القابض محتاله فلا أنه أوفاه للمحتال عما في ذمته قبضه منسوب اليه بل قيل انه أقوى ولهذا يمنع من حبس المبيع بعد الحوالة بالثمن وليس للمشتري الرجوع على المحتال عليه بعد القبض حينئذ اصدوره بأذنه ﴿فروع﴾ هذه فروع أربعة بهائم الباب ﴿قوله﴾ ﴿الاول لو أحال بئمن العبد على المشتري وصدق الجميع العبد على الحرية بطلت الحوالة﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة ومعناه انه باعه عبدا وأحال البائع غريمه بالثمن على المشتري ثم ادعى العبد الحرية وصدقه المحيل والمحتال والمحال عليه ولا ريب أن الحوالة حينئذ تكون باطلة لاتفاقهم على بطلان البيع واذا بطل من أصله لم يكن على المشتري ثمن وبجيء فيه ما قدم من الحوالة على البريء وكذلك الحال لو تصادقوا على الحرية وان لم يدعها العبد ﴿قوله﴾ ﴿ويرد المحتال ما أخذه من المشتري ويبقى حقه على البائع﴾ لا ريب انه اذا بطلت الحوالة رد المحتال على المشتري ما أخذه منه وبقي حقه على البائع كما كان كما في التذكرة ﴿قوله﴾ ﴿وان كذبهما المحتال وأقام العبد بينة أو قامت بينته الحسية فكذلك﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وكذلك المبسوط والتحرير ومعناه أن المحتال اذا كذب البائع والمشتري في كون العبد المبيع حرا فاما أن تقوم البينة على الحرية أولا فان قامت بطلت الحوالة كما لو تصادقوا ووجب رد ما أخذه

وليس للمتبايعين اقامتها لتكذيبها بالمبايعة الا مع امكان الجمع كادعاء البائع عتق وكيله وادعاء المشتري عتق البائع مع جهله ولو فقدت البيعة فلهما احلافه فيأخذ المال من المشتري (متن)

المحتال على المشتري وهو معنى قوله فكذلك وهذه البيعة تتصور بأن يقيمها العبد لان العتق حقه وان يتدأبها الشهود على سبيل الحسية أي اقامة للمعروف ودفعاً للمنكر فتشهد عند الحاكم من غير دعوى مدع فان ذلك جائز لمحافظة على دفع المنكر ويأتي ما اذا فقدت البيعة ﴿ قوله ﴾ (وليس للمتبايعين اقامتها لتكذيبها بالمبايعة) ﴿ كافي المبسوط والتحريير والتذكرة وجامع المقاصد ومعناه انه ليس للمتبايعين اقامتها بالحرية ولا تسمع منهما لانهما قد كذباها بالتبايع اذ بيع أحدهما وشراء الآخر قاضيان بالاعتراف بالرقية وقد أجمعوا على أن كل من كذب بيته بقول أو فعل لا تسمع منه اقامتها لكنه ينتفع بها العبد اذا أقامها أو أقامها أحدهما ﴿ قوله ﴾ (الامع امكان الجمع كادعاء البائع عتق وكيله وادعاء المشتري عتق البائع مع جهله) ﴿ هذا جملة في التذكرة احتمالاً قال ويحتمل أن يقيمها اذا أظهرها عذراً بأن يكون البائع قد وكل بالعتق وصادف البيع العبد معتوقاً فان للبائع هنا اقامة البيعة حيث لم يكن في اقامتها تكذيب وكذا لو ادعى المشتري عتق البائع وجهله أي ثم نجد العلم بعد البيع وبه جزم هنا وفي جامع المقاصد ولم يذكر في المبسوط والتحريير ولعل الأولى ذكره اذ لو كان الامر كذلك لاسيل الى ذلك الا ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو فقدت البيعة فلهما احلافه فيأخذ المال من المشتري ﴾ قال في (التذكرة) وان لم يكن بيعة لم يلتفت الى تصادقهما في حق المحتال كما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه انه كان حراً لم يقبل قوله على المشتري لكن لها تحليف المحتال على نفي علم العتق فان حلف بقيت الحوالة في حقه ولم يكن تصادقهما حجة عليه الى ان قال وان نكل حلف المشتري ثم ان جعلنا اليمين المردودة كالأقرار بطلت الحوالة وان جعلناها كالبيعة فالحكم كما لو لم يحلف لانه ليس للمشتري اقامة البيعة وقال في (جامع المقاصد) بعد ان فسر عبارة الكتاب هل يشترط في صحة دعواهما عليه العلم وطلب حلفه على نفيه اظهار ما به يندفع التنافي ويمكن الجمع أم لا عبارة المصنف هنا محتملة وان كانت أظهر في اشتراط ذلك حيث انه بناء على فقد البيعة ووجود البيعة انما يعتد به بالنسبة اليها بعد اظهار ما يندفع به التنافي وفي (التذكرة) صرح بانه لو نكل المحتال حلف المشتري قال ثم ان جعلنا اليمين المردودة الى آخر ما حكيناه عنها قال وفيها كلامان هذا احدهما أعني تحليف المحتال ومع نكوله فالمشتري وان لم يظهر العذر الراجع للتنافي الثاني انه حكم بحلفه على كل حال وبكون وجود اليمين كعدمها على تقدير ان المردودة كالبيعة فلا يكون لهذه اليمين فائدة اصلاً على هذا التقدير والمعروف ان من كذب أقراره دعواه لا تسمع دعواه أصلاً فينبغي تحقيق ذلك انتهى (قلت) عبارة التذكرة كعبارة الكتاب في بناء التحليف على فقد البيعة بل لعله أظهر لمكان الاستدراك من النفي ولعل توسط التمثيل لا يضر بالفرع والاستدراك ولعل قوله والمعروف الى آخره راجع الى الكلام الاول الذي اوردته على التذكرة وهو ان التبايع قضى بأقرارهما واعتراضهما بالرقية فلا تسمع دعواهما العلم على المحتال وان لم يظهر العذر ونحن نقول ان دعوى العلم تسمع لانتها دعوى أخرى ثم انه على ما بيناه من ان العبارتين متساويتان يسقط ذلك ولا يكاد يجبه رجوعه الى غير ذلك ولم يحكم في التذكرة بالحلف عليه على كل حال وانما قال حلف المشتري ومعناه ان له الحلف وله التوك كما هو المعروف قد بين ان له ان يحلف اذا شاء وكان قاضيه ممن يرى ان اليمين المردودة كالأقرار وان

وفي رجوع المشتري على البائع اشكال ينشأ من أن المظلوم يرجع على من ظلمه ومن أنه قضى دينه بإذنه ولو صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع اليمين لأن الأصل صحة الحوالة (متن)

كان القاضي ممن يرى أنها كالبينة لا يحلفه لأن وجودها كعدمها والحاصل أن غرضه بيان أحكام المسئلة للحاكم حتى لا ينفل كما هو الشأن في غيرها كما هو واضح وليس غرضه التسجيل عليه أي المشتري بالحلف على كل حال ثم إن الأمر للقاضي لأنه قال أمر أوضح من أن يحتاج إلى بيان وهذا تحقيق ما أحب تحقيقه نعم قد يتجه عليه في التذكرة ما تقدم منا غير مرة من أن اليمين مردودة أصل برأسه على أنها لو كانت هنا كالبينة كانت مقبولة لأنها قبل لواقفها على أنه يعلم عتقه وقد قلنا أنه إذا ادعى ذلك سمع منه لأنها دعوى أخرى كما اعترف به في التذكرة والالما صح لها تحليفه **قوله** وفي رجوع المشتري على البائع اشكال ينشأ من أن المظلوم يرجع على من ظلمه ومن أنه قضى دينه بإذنه إذا حلف المحتال على نفي العلم بالعتق أخذ المال المحتال به من المشتري وهل يرجعه المشتري على البائع استشكل المصنف هنا وجزم في التذكرة وجامع المقاصد بالرجوع إذا دفع المحتال لأنه قضى دينه باذن شرعي والدفع واجب عليه وربما أجبره الحاكم عليه وقرب في الأول عدم الرجوع قبل الدفع وهو ظاهر وكان ينبغي الحزم به **قوله** ولو صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع اليمين لأن الأصل صحة الحوالة كما في المبسوط والتحرير وحاصل ما ذكره أن المحتال صدق البائع والمشتري على أن العبد حر وادعى أن الحوالة بغير الثمن قد حصل الاختلاف في صحة الحوالة وفسادها والأصل الصحة فيقدم قوله يمينه لأن دعواه موافقة للأصل وهو كلام جيد متين جار في جميع سقوق المسئلة (وعساک تقول) أنه فلم غير مرة أن أصل الصحة لا يتمسك به إلا بعد تمام أركان العقد والمشتري يدعي فساد له عدم تمامية الأركان (لأننا نقول) أن هذا جاء بالآخرة والافهو معترف بأنه كان صحيحاً ظاهراً ثم انكشف فساد فليأمل في ذلك جيداً إذ قد لا يكون ذلك مبنيًا على ذلك (واعترضه في جامع المقاصد) بما حاصله أن هذا يتم فيما إذا ادعى المحتال الحوالة بدين آخر على المشتري والمشتري مقر بأصل الدين ولكنه ينكر الحوالة به وادعى المحتال وقوعها على المشتري مع خلو الذمة (أما الأول) فلا لأنه ليس في طرف المشتري أصل ولا ظاهر ومع المحتال أصل الصحة وأما أصل براءة الذمة المحال عليه من دين المحتال فقد قطعه أصل صحة الحوالة التي اعترف بها وبقي الاختلاف في الفساد موجبا لليمين على من ينكره ومنه يعلم حال الثاني قال وأما إذا ادعى الحوالة بدين آخر وانكره المحال عليه فقد قيل أنه قد تعارض أصل الصحة وأصل البراءة ويمكن أن يقال تمنع تعارض الأصلين إذ لا يلزم من كون الحوالة بغير دين في الذمة فسادها بل هو أعم من الفساد لما عرفت من أن صحة الحوالة لا تستلزم شغل الذمة فيبقى أصل البراءة بغير معارض فيقدم قول المحال عليه يمينه وهذا متجه وهو خيرة التذكرة انتهى ومعناه على ما اقتضاه تقسيمه أن المحال إنما يدعي الحوالة بهذا الدين الخاص والمحال عليه ينكر ذلك فالأصل براءة ذمته من هذا الدين الخاص والحوالة به ولا ينكر الحوالة المطلقة ويقول أنها فاسدة لأن صحة الحوالة لا تستلزم شغل الذمة فلا معارض لأصل البراءة فكانت الحوالة صحيحة والدين غير ثابت فلا تعارض وفيه بعد النقص عما فيه أن مراد القائل بأصل البراءة أصل

فان أقاما بينة ان الحوالة بالثمن ان قبلت لانهما لم يكذباها الثاني لو جرى لفظ الحوالة واختلفا بعد القبض فادعاهما المحتال وادعى المحيل قصد الوكالة فالأقرب تقديم قول المحيل لانه اعرف بلفظه وقصده واعتضاده بالأصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه وحق المحتال على المحيل ويحتمل تصديق المستحق عملاً بشهادة اللفظ (متن)

البراءة من وجوب الاعطاء والدفع الى المحتال لأنه هو محل نظره وغاية قصده وهذا يعارضه اعترافه بالسبب المقتضي لذلك وهو الحوالة سواء كانت واردة على شغل ذمة أولاً فان الأصل فيها الصحة فيقطع أصل البراءة لو روده عليه قطعاً فالمدار على وجوب الاعطاء وعدمه لانه هو محل البحث ثم ان ما حكاها عن التذكرة انما هو فيما اذا ادعى البائع ان الحوالة على المشتري بدين آخر لا المحال عليه الا ان يقول ان أراد في جامع المقاصد ذلك لكنه يمنع منه تقسيمه فتأمل جيداً ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان أقاما بينة ان الحوالة بالثمن قبلت لانهما لم يكذباها ﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد ومعناه انه لو أقام البائع أو المشتري أو أحدهما بينة بكون الحوالة انما هي بالثمن الذي تضمنه البيع حيث ادعى المحتال ان الحوالة بغيره فانها تقبل كما تسمع دعواهما بذلك لانهما لم يكذباها فان كون المبيع حراً لا يقتضي عدم وقوع الحوالة بما سمي ثمناً في مقابلة غاية ما هناك انها يدعيان فساد الحوالة فتثبت بالبينة ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني لو جرى لفظ الحوالة واختلفا بعد القبض فادعاهما المحتال وادعى المحيل قصد الوكالة فالأقرب تقديم قول المحيل لانه اعرف بلفظه وقصده واعتضاده بالأصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه وحق المحتال على المحيل ويحتمل تصديق المستحق عملاً بشهادة اللفظ ﴾ لو جرى بين اثنين لفظ الحوالة مع المقد فان كان قال له أحلتك بالمائة التي لك علي علي زيد فهذا لا يحتمل الا حقيقة الحوالة فالقول قول مدعيها قطعاً كما في التذكرة والتحرير وان كان قال له أحلتك بالدين الذي لي قبل زيد وأحلتك بمائة علي زيد فادعى المحتال ان اللفظ الذي صدر بينهما من لفظ الحوالة أريد به الحوالة وادعى المحيل قصد الوكالة بلفظ الحوالة فالذي في المبسوط تقديم قول المحيل وقد قرره المصنف هنا وقد نسب في المسالك الى الشيخ وجماعة ولم نعرفهم ولا وجدنا ناقلاً عنهم وفي (الشرائع والكفاية) الرد وكذا التذكرة حيث لا ترجيح فيها وفي (التحرير وجامع المقاصد) اختيار ترجيح قول المحتال وهو الاحتمال المذكور في الكتاب (حجة الشيخ) ما ذكره المصنف من انه اعرف بلفظه باعتبار استعماله في المعنى الحقيقي وغيره وكذا هو اعرف بما قصده اذ لا يعلم قصده الا من قبله وان قوله معتضد بأصل بقاء حق المحيل على المحال عليه وأصل بقاء حق المحتال على المحيل (واعترضه في جامع المقاصد) بما نبه عليه في التذكرة من أن اللفظ الواقع مجرداً عن القرائن يجب حمله على حقيقته لان الواجب على المتكلم نصب القرينة اذا أراد المجاز فالتحرد دليل ارادة الحقيقة والا لزم الاغراء بمجهل المقصود والأصل خلافه فدعواه بعد ذلك مخالفة للأصل على ان هذا لو قدح لقدح في جميع الابواب من بيع وصلح واقرار ونكاح وغيرها وان الاصلين قد زالا بالحوالة الصادرة بينهما التي هي الأصل فيها الحقيقة والصحة ولو قدح هنا في البيع وغيره اذا وقع الخلاف بعد صدوره انتهى وقد اجهد نفسه صاحب المسالك وإطال في رده واصلاح كلام الشيخ والمصنف فجوز ان تكون الحوالة لفظاً مشتركاً بينهما وبين

ولو لم يقبض قدم قول المحيل قطعاً ولو انعكس الفرض قدم قول المحتال (متن)

الوكالة أما لان الوكالة تتحقق في ضمن كل لفظ يدل على الاذن بطريق الحقيقة والحوالة مؤدية لذلك لان معنى احلتك كما يحتمل تحويل المال من ذمة الى ذمة يحتمل ارادة تحويل المطالبة من المحيل الى المحتال أو لان دلالتها على الاذن للمحتال حاصلة على التقديرين وانما الكلام في المعنى الزائد على الاذن وهو تحويل الحق ثم استشعر بان المتبادر من معنى لفظ الحوالة عند اطلاقه هو المعنى المتعارف لها ولا يفهم منه ارادة الوكالة الا بانضمام قرآن خارجية فيدل على كونها حقيقة في معناها دون الوكالة (وأجاب) بان هذه العلامة لا تتم في المشترك (قلت) وهو كذلك لانه مع وجود قرينة تعيين احد معانيه يتبادر الذهن الى ارادته مع عدم كونه في الآخر لكن الشأن في اثبات الاشتراك وما ذكره في اثباته لا يجدي ثم استشعر بان الحوالة حقيقة شرعية في العقد المخصوص واطلاقها على الوكالة انما هو بطريق اللغة والشرعية مقدمة ويعضدها دلالة العرف والقرينة مقدمة (واجاب) بان دلالتها على الوكالة ايضاً بطريق الشرع لان الوكالة شرعا حقيقة في الاذن في التصرف كيف اتفق وباي لفظ دل عليه وان واقعا مع ذلك اللغة وترجيح الشرع والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضي ترجيح احد معني المشترك وهو لا يخرج الفرد الآخر عن الحقيقة ثم استشعر ان ذلك يستلزم كون الحوالة مشتركة والمجاز خير من الاشتراك (ثم اجاب) بان ذلك غير مجمع عليه على ان ذلك اذا لم يثبت الاشتراك وقد اثبتناه فيكون دعوى المحيل الوكالة خلاف الظاهر ودعوى المحتال الحوالة موافقة للظاهر لكن هذا لا يتدفع به الاصلان المتقدمان فيرجع الامر الى تعارض الاصل والظاهر والاصل مقدم انتهى كلامه مع اختصار فيه (وفيه) نظر من وجوه (منها) أن الحقيقة الشرعية ليست ثابتة في الحوالة ولا الوكالة كما اوضحناه في كتاب الرهن وقد حرر في فقه (ومنها) أن الحقيقة الشرعية انما تقدم على العرفية في كلام الشارع لا في كلام المتعاقدين نعم لو عرفنا اصطلاح الشارع واقفاً العقد عليه كان المرجع اصطلاح الشارع لكن لا من جهة تقديمه على اصطلاحها بل من جهة تعيينه كما لو اوقعا باصطلاح طائفة اخرى (ومنها) ان ظاهر اللفظ يقطع الاصل اصل راءة كان أو غيرها كظاهر الشرع واذا ادعى انه اقام قرينة وانه فهم منها مراده ونسي فالاصول تنفي ذلك كله نعم ظاهر الحال لا يقطع الاصل وكيف كان فتقديم قول المحتال اشبه بالاصول المقررة والضوابط المحررة

﴿ قوله ﴾ ولو لم يقبض قدم قول المحيل قطعاً ﴿ كافي الشرائع وقال في (جامع المقاصد) أن هذا في غاية البعد وما قطع به غير ظاهر لان اختلافهما قبل القبض وبعده لا يجدي فيه فرقاً لان عقد الحوالة من العقود اللازمة فاذا صح وحمل على الحقيقة تعين فيه الاداء الى المحتال لانه صار ملكه وقال في (المسالك) يمكن أن يكون قطع المحقق من جهة ترجيح الاصل لانه الغالب معتضداً باصالة عدم ملك المحتال له بخلاف ما في يده وهو كما ترى (ووجه) الفرق في جامع المقاصد بان الحوالة استيفاء والاستيفاء انما يشر الملك بالقبض قبله لا يتحقق الملك فيكون الاختلاف قبل القبض في استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف (ورده) بان نفس الحوالة استيفاء ومثيرة للملك وان لم يحصل القبض حتى لو اراد المحيل بعد كمال الحوالة دفع البذل توقف على رضا المحتال وليس هو كالايفاء بنير الحوالة فان الملك فيه متوقف على القبض ومن ثم يجوز له الابدال قبله ﴿ قوله ﴾ ولو انعكس الفرض قدم قول المحتال ﴿

ولو لم يتفقا على جريان اللفظ بل قال المستحق أحلتي وقال المديون وكلتك في استيفاء ديني صدق المديون فان لم يكن قبض قليس له ذلك لانزاله بانكاره الوكالة وله مطالبة المديون بالمال لثلا يضيع حقه ويحتمل لعدم لاعتراؤه ببراءته بدعوى الحوالة أما لو قال المستحق وكلتي فقال لا بل أحلكت صدق منكر الحوالة باليمين (متن)

كما في الشرائع وقال في (التذكرة) ولو انعكس الفرض بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة فقال المديون لزيد أحلكت على عمرو وقال القابض بل وكلتي قبض ما عليه وحقي باق عليك وتظهر الفائدة عند افلاس عمرو فالوجهان في المسئلة الاولى على العكس فكل من قال في المسئلة الاولى القول قول مدعي الوكالة قال هنا القول قول مدعي الحوالة وبالعكس ونحوه ما في التحرير والمحقق والمصنف هنا قالوا بتقديم قول المحال يمينه عملا بإصالة بقاء الحقين والمديون يدعي خلافهما وانتقالهما فكان عليه البينة (ورده في جامع المقاصد) بان الاصل في اللفظ الحقيقة والحمل على المجاز خلاف الاصل والمحيل اعرف بلفظه وقصده والاصل الذي ادعاه بالنسبة الى الحقين زال بالسبب الواقع بينهما ومن هذا علم ان ما اختاره هنا ايضا في غاية البعد مع مخالفته لما سبق من مجيء الوجهين في المسئلة الاولى فلا اقل من مجيئهما (قلت) يمكن حمل عبارة الكتاب والشرائع على ما اذا اتفقا على جريان لفظ الوكالة او ادعاها المحال وادعى المحيل قصد الوكالة وحينئذ فلا اشكال لكنه يدفعه التصريح في التذكرة في بيان العكس بما عرفت وكذا التحرير فتأمل ﴿قوله﴾ ﴿ولو لم يتفقا على جريان اللفظ بل قال المستحق أحلتي وقال المديون وكلتك في استيفاء ديني صدق المديون﴾ كما في التذكرة والتحرير والمبسوط وفيه انه لا خلاف فيه لان الاصل عدم الحوالة واستمرار حق القابض على المديون واستمرار حق المديون على الثالث ولا يمارض اصل عدم الحوالة اصل عدم الوكالة وتظهر فائدة هذا فيما اذا كان الثمن باقيا واراد الابدال أو اراد التأخير للدفع الى بلد الدين اذا كانا في غيره ولم يشترط الاداء في غيره ﴿قوله﴾ ﴿فان لم يكن قبض قليس له ذلك لانزاله بانكاره الوكالة وله مطالبة المديون بالمال لثلا يضيع حقه﴾ اما انزاله بانكاره الوكالة فقد وافقه عليه في جامع المقاصد وفيه تأمل مع اصرار المديون على دعواها بل احتمل في الاخير في باب الوكالة انه لو عزل نفسه في حضرة الموكل ولم يرضى الموكل لم ينزل فتأمل واما أن له مطالبة المديون بالمال الذي له عليه فثلا يضيع حقه ولان الحوالة ان كانت هي الواقعة في الواقع فقد ظلمه بدفعه عن ماله وملكه واخذه منه وان كانت الوكالة هي الواقعة فلا ريب في بقاء حقه عليه ﴿قوله﴾ ﴿ويحتمل لعدم لاعتراؤه ببراءته بدعوى الحوالة﴾ لان الحوالة تتضمن براءة المحيل بدعواه اياها يكون قد اعترف ببراءة ذمة المحيل فكيف يطالبه وهذا الاحتمال ضعيف لانه يزعم انه ظلمه باخذ ماله كما عرفت قال في (جامع المقاصد) بعد ان اختار ان له مطالبة هذا الحكم في الظاهر وفيما بينه وبين الله يعتمد ما يعلم انه الحق (قلت) له مطالبة في الظاهر والواقع لانه ان كان الذي جرى بينهما عقد الوكالة فدعواه الحوالة لا تسقط حقه في الواقع لانها عقد يحتاج في الاسقاط الى ايجاب وقبول ورضا من الطرفين وان كان الذي جرى عقد الحوالة فوجهه ظاهر مما تقدم ﴿قوله﴾ ﴿اما لو قال المستحق وكلتي فقال لا بل أحلكت صدق منكر الحوالة باليمين﴾ كما في المبسوط والتحرير لان الاصل عدم الحوالة والاصل بقاء الحقوق ومنكر الحوالة هنا المستحق وفيما قابله المديون فلو قال

وليس المستحق القبض لان انكار الوكالة يتضمن العزل فان كان قبض فالأقرب أنه يملكه
لأنه جنس حقه وصاحبه يزعم أنه ملكه فلا أقل من أن يكون ذلك اذنا في التملك وان تلف
احتمل عدم الضمان لان الوكيل أمين وثبوته لان الاصل ضمان مال الغير في يد آخر
ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ليستقط عنه الضمان الثالث
لو شرط في الحوالة القبض بعد شهر فالأقرب الصحة وان كان حالا (متن)

صدق المستحق ليكون الاختلاف بينها وبين ما سبق في تصديق المديون وعدمه لكان احسن
قوله **في** وليس المستحق القبض لان انكار الوكالة يتضمن العزل **في** أي لو كان وكيل لكن
المصنف في باب الوكالة تأمل في كون انكارها عزلا وقال في (جامع المقاصد) هناك انه ليس عزلا
على الاصح **قوله** **في** فان كان قبض فالأقرب أنه يملكه لأنه جنس حقه وصاحبه يزعم أنه
ملكه فلا أقل من أن يكون ذلك اذنا في التملك قال الشهيد في حواشيه قوله يملكه بمقتضى معنيين
احدهما الملك القهري لزعم صاحبه ذلك وهو من جنس الحق فهو في قوة التعيين بحجة مخصوصة من
جهات القضاء فعلى هذا لا يحتاج الى امر آخر الثاني جواز الملك ويتوقف حقيقة الملك على احد
امرين اما انشاء المديون تعيينا كقوله خذ ما في يدك واما مما طلته بدفع غيره فيختار اخذه قصاصا
لكن على الاول يدخل في ملكه قهرا وعلى الثاني يتوقف على الاختيار فله رده والمطالبه ما بدل الا
ان يشاء المديون تعيينها وقال في (جامع المقاصد) عندي أن الثاني بعيد اذ المتبادر من كلا المصنف
تملكه من غير توقف على شيء آخر فالما ان يجعل زعم المديون بمنزلة التعيين ان لم يكن اقوى فيملكه
القبض على طريق القهر أو يجعل ادعاء الحوالة المتضمنة لبراءة ذمته بحيث لا يستحق عليه المطالبة
بعد مما طلة حيث انها اقوى اذ منكر الدين مما طل وزيادة فيسوغ له الاخذ بمقاسة ثم قال وعلى كل
حال فما قر به المصنف هو المختار هذا في المبسوط صرف اليه في مكان ملكه **قوله** **في** وان
تلف احتمل عدم الضمان لان الوكيل أمين وثبوته لان الاصل ضمان مال الغير في يد آخر ولا يلزم
من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ليستقط عنه الضمان يريد أن المستحق الذي قبض
المال وحالف على نفي الحوالة ثم ان المال تلف في يده فانه يحتمل عدم ضمانه له لانه وكيل نشأت وكالته
يحلفه على نفي حوائله لان الحال دائر باعترافهما بين الحوالة والوكالة فاذا بطلت احدهما بطلت الاخرى
فاذا ثبت انه وكيل وهي الصغرى ثبتت الكبرى وهي كل وكيل أمين فلا يضمن وهو خبرة المبسوط
ويحتمل ثبوت الضمان لان الاصل ضمان مال الغير ولا يلزم من تصديق المستحق في نفي الحوالة بعبته
تصديقه في اثبات الوكالة لانه قد قرر عندهم ان اليقين لنفي شيء لا نكون لاثبات شيء آخر كما لو اقر
الوكيل بالبيع وقبض الثمن بهما وانكر الموكل القبض فان الوكيل يحلف لاستنائه فلو خرج المبيع من خفاورجع
المشتري على الوكيل بالثمن لعدم ثبوت وكالته به عنده لم يرجع الوكيل على الموكل لان اليقين كانت
لدفع الغرم لا لاثبات المال على الموكل فالقول الآن قول الموكل كل يمينه وقد قوى المحقق الثاني الاحتمال
الثاني وضمف الاول وفصل الشهيد فقال يضمن أن كان المقوض من جنس الحق **قوله** **في**
في الثالث لو شرط في الحوالة القبض بعد شهر فالأقرب الصحة وان كان حالا **في** أي وان كان الحق

﴿ فرع ﴾ لو أحال البري على مشغول الذمة فهي وكالة تثبت فيها أحكامها وجازت بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود وهو استحقاق المطالبة ولو انعكس الفرض فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض (متن)

المشروط قبضه حالا كما في التحرير والايضاح وجامع المقاصد والتذكرة وظاهر الاخير الاجماع عليه قال لو كان الدينان حالين فشرط في الحوالة ان المحتال يقبض حقه أو بعضه بعد شهر صح عندنا خلافا لاحد لعموم قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم ولان مبنى الحوالة على الارفاق وهذا مناسب لمقتضى العقد وتوجيه الصحة في الايضاح بكون الشرط سائفا يرد به انه غير مناف لمقتضى العقد فليس في معنى المصادرة ووجهه غير الاقرب أن الحوالة انما هي للمأخوذ وهو حال (وفيه) ان حلوله لا ينافي اشتراط الاجل واقسام المسئلة بالنسبة الى الحلول والتأجيل اربعة وعليها اما أن يتجانس الحقان أولا وعلى التجانس اما أن يكون ربو بين أولا ومضروب الثلاثة في الاربعة اثنا عشر والحاصل انه مع التأجيل فيهما وتوافق الاجلين تصبح الحوالة قطعا كما في التذكرة (قلت) ولا بحث فيها عندهم بمجملها اعتياضا وأما عند من جعلها استيفاء فلم تحصل حقيقته هنا الا أن يقول بصدقه بمجرد الانتقال وان تأخر القبض وان اختلفا في التأجيل صحت عندنا أيضا كما في التذكرة (قلت) ان كان الحق الحال به حالا والحال عليه مؤجلا مع اتفاق الجنس فمل الاعتياض يحتمل البطلان ومع اختلافه يصح وكذلك الحال في العكس ولو كانا حالين متقاي الجنس فشرطا الاجل فمل المماوضة يحتمل البطلان وعلى الاستيفاء ما تقدم وان كانا غير ربو بين فمل المماوضة يصح وعلى الاستيفاء ما تقدم وهناك أقسام أخر بالنسبة الى تساوي أجلي الحقين واختلافهما والبحث فيها ما تقدم ﴿ فرع ﴾ كثير الوقوع وهو انه لو شرط المحتال الرجوع على المحيل مع تعذر الاستيفاء قالوجه بطلان الشرط وفي بطلان الحوالة حينئذ اشكال كما في التحرير وكذا التذكرة ولعل الاصح بطلان الشرط والعقد ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو أحال البري على مشغول الذمة فهي وكالة تثبت فيها أحكامها ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومعناه انه لو قال صاحب الدين لمن لا دين له عليه قد أحلتك بالدين الذي لي على فلان كان ذلك وكالة عبر عنها بلفظ الحوالة فلو مات المحيل بطلت وكان لورثته المطالبة بالمال وكذا لو جن كان للحاكم المطالبة بالمال ﴿ قوله ﴾ ﴿ وجازت بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود وهو استحقاق المطالبة ﴾ أي جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود من الوكالة فيكون حينئذ العقد بالمجاز ولا يتمتع ذلك خصوصا في العقد الجائز ولا ريب انها لا يشتركان في المقصود من الحوالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انعكس الفرض فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض ﴾ أي أحال مشغول الذمة على البري بلفظ الحوالة فإن شرطنا شغل ذمة الحال عليه في الحوالة ولم يكن الحال عليه مشغول الذمة كما هو المفروض كان ذلك اقتراضا ولا يكون حوالة لفقد شرطها ولا ضمانا لعدم لفظه ولانه لو جعل ضمانا لم يكن الشغل شرطا ويرجع الفرع على أصله بالابطال فمل هذا يكون الصادر من المحيل استدعاء الاقتراض اذ لا أقرب الى الحوالة حينئذ من معنى الاقتراض ويكون الصادر من الحال عليه قبوله ولا يلزم القبول اذ لا يجب الوفاء بالوعد وان لم نشترط الشغل كان حوالة على البري كما تقدم وفي (جامع المقاصد) ان انعكاس الفرض أن يحيل بلفظ الوكالة وهو كما ترى لاحاصل له على انه قال بعد ذلك انه اقتراض بلفظ الحوالة مجازا وفي (حواشي الشهيد) وان لم نشترط الشغل فهو

فان قبض المحتال رجع على المحيل وان أبرأه لم يصح لانه أبرأ لمن لا دين عليه وان قبض منه ثم وهبه اياه رجع الحال عليه على المحيل لانه غرم عنه ﴿ الفصل الثاني في الكفالة ﴾ وهي عقد شرع للتعهد بالنفس ويعتبر فيها رضا الكفيل والمكفول له (متن)

ضمان وجاز بلفظ الحوالة لا اشتراكها في المقصود منه فليتهم وقوله فهو اقراض يجوز ان يحمل على استدعاء القرض وعلى المال المدفوع الى المحتال ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قبض المحتال رجع على المحيل ﴾ أي رجع الحال عليه وهو المقرض على المحيل وهو المقرض وبه صرح في التحرير وجامع المقاصد لانه قرض ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان أبرأه لم يصح لانه أبرأ لمن لا دين له عليه ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد ووجه ظاهر لانه لا دين له عليه اذ المطلوب منه الاقراض فكان الابراء نقوا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان قبض منه ثم وهبه اياه رجع الحال عليه على المحيل لانه غرم عنه ﴾ وانما عاد المسال اليه بقدر مستأنف كما في التذكرة والتحرير

﴿ الفصل الثاني في الكفالة ﴾

الكفالة بالفتح عقد صحيح عند عامة أهل العلم كما في التذكرة وهي ثابتة بالكتاب والسنة أيضا قال الله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتوني موقعا من الله لتأتني به) فطلب يعقوب من بنيه كفيلا يدين يوسف عليه السلام وقال تعالى (فخذ أحدا مكانه) وذلك كفالة بالبدن فأمل وهي مكروهة كراهية شديدة كما هو المستفاد من الاخبار الكثيرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهي عقد شرع للتعهد بالنفس ﴾ قد طغنت بذلك عباراتهم أي التزام احضار المكفول متى طلبه المكفول له ويصح دخول الخيار فيه مدة معينة خلافا للتحرير بل كل شرط لا ينافيها ونصح فيه المعاطاة ولعلها تلزم في بعض الفروض ويشترط فيه الايجاب ككفلت لك بدن فلان ونحوه كضمنت لك احضاره أو التزمت باحضاره وأنا كفيل والقبول على الفور وكونهما بالعريضة من كاملين كما صرح به جماعة لانه عقد لازم وفي (جامع المقاصد) انه سبأني أنه يصح التكفيل بالاعيان المضمونة فلا يتناولها هذا التعريف (قلت) انما يأتي له صحة ضمانها لا كفالتها لكن قال في التحرير هي التعهد بالنفس غالبا ولعله أشار الى ما سنده عند قول المصنف بصحة كفالة بدن الصبي والمجنون من أنه تصح الكفالة يدين الدابة اذا جنت على آدمي أو أتلقت مالا بتفريط صاحبها لاقامة الشهادة على صورتها بل قلنا بصحة كفالة الكتاب ونحوه لاقامة الشهادة على صورته وقد يكون أشار الى ما سنده في كفالة العبد الآبق (وقال فخر الاسلام) الكفالة في مذهبنا انما تصح بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حق شرعي والمق أعم من أن يكون ديناً أو عينا وقيل كل من يستحق احضاره الى مجلس الشرع فانه تصح كفالته فلي الاخير وهو الصحيح تصح الكفالة بمجرد الدعوى دون الاول ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويعتبر فيها رضا الكفيل والمكفول له ﴾ بلا خلاف كما في المفاتيح والرياض ولا نعلم خلافا في اشتراط رضا الكفيل وكذا يعتبر رضا المكفول له كما في التذكرة وقد حكى الاجماع عنها عليها جماعة ولعله لانهم فهموا منها في الخلاف بين المسلمين كما هو الظاهر (قلت) أما اشتراط رضى الكفيل فظاهر كما في مجمع البرهان لان اثبات حق له من دون رضاه على شخص آخر باطل وأما اشتراط رضى المكفول له فلان اثبات حق على شخص لا على وجه يثبت كونه قهريا

دون المكفول وتعيين المكفول فلو قال كفلت أحدهما أو زيدا فان لم آت به فعمرو أو
يزيد أو عمرو بطلت وتنجز الكفالة (متن)

يتوقف على رضا ﴿ قوله ﴾ ﴿ دون المكفول ﴾ عند علمائنا كما في التذكرة وهو المشهور بين
علمائنا وغيرهم كما في (المسالك) والمشهور كما في مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح ونسبه الى باقي
علمائنا في المختلف بعد أن نسب الخلاف الى الشيخ في المبسوط والقاضي وابن حمزة وابن ادریس
والحاصل أنه لا خلاف الا من هؤلاء نعم قواه في التحرير (حجة المشهور) بعد ما سمت مضافا الى
الاصل والعموم ان غاية الكفالة هي احضار المكفول حيث يطلب ومن المعلوم انه يجب الحضور عليه
مضى طلبه المكفول له بنفسه أو وكيله والكفيل بمنزلة الوكيل ولا يشترط اذن الموكل عليه في التوكيل
وانما قالوا انه بمنزلة الوكيل لانه لا يجب عليه الاحضار ولا يجب على المكفول الحضور ما لم يطلبه
المكفول له كما ستعرف الحال في ذلك كله (وحجة الشيخ) وموافقيه انه اذا لم يأذن بها أو لم يرض لم
يلزمه الحضور مع الكفيل فلم يتمكن من احضاره فلا تصح كفالته لانها كفالة بغير المقدور وهذا بخلاف
الضمان لا مكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه ولا يمكن أن ينوب عنه في الحضور مضافا الى الاصل
(ورد) بأن مداره على عدم وجوب الحضور منه بدون رضا وهو ممنوع لان المستحق متى طلبه وجب
عليه الحضور وان لم يكن مكفولا اجماعا كما في المسالك وقائدة الكفالة راجعة الى التزام الكفيل
بالاحضار حيث يطلبه المكفول له فان طلبه منه لم يقصر عن وكيله وان لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور
وان كان برضا وسيأتي في كلام المصنف أنه لا يجب عليه الحضور مع التبرع وعدم طلب المكفول له
ومعنى التبرع أن يكفله من دون اذن منه واحتمل الحق الثاني أنه يجب عليه الحضور مع التبرع لان
الكفيل يقتضي التسليط على الاحضار وفيه نظر ظاهر لكن قد يؤيده انه قد يريد السفر البعيد بحيث
لا يتمكن منه أو مع المشقة الشديدة فاذا لم يجز للكفيل منه ولا يجب عليه الحضور اذا لم يطلبه منه
يلزم منه الضرر العظيم على الكفيل فاذا لم يجوزوا هذا الضرر فالتسليط خير بعيد بل ينبغي القول
باشتراط رضا كما هو واضح الا أن نقول انه هو الذي أوقع نفسه في هذا الضرر على أنهم لا يجوزون
لصاحب الدين منع المديون من السفر البعيد اذا كان دينه مؤجلا ولو حل بعد ذلك بزمن قليل جدا
فأمل جيدا هذا وعلى تقدير اعتبار رضا ليس على حد رضى الاخيرين من وجوب المقارنة بل يكفي
كيف اتفق كما مر نظيره وبه صرح جماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتعيين المكفول ﴾ كما في الشرائع
والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك بل فيه انه لا خلاف فيه وقد يظهر من الباقيين
عدم اعتباره خصوصا ابن حمزة في الوسيلة لذكره لما شروط خمسة غيره ولعل تركه لظهوره كالكمال
وفي (مجمع البرهان) ان دليله غير واضح وان الذي يظهر له جواز التردد اذا كان المردد فيهم كلهم غرما
للمكفول له (قلت) لعل دليله انها على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع اليقين ولا نسلم انه كان
متداولاً في زمن الصدور لما فيه من الضرر والابهام وكالغرر للمتعاقدين بالاعتبارات فتدبر ﴿ قوله ﴾
﴿ فلو قال كفلت أحدهما أو زيدا فان لم آت به فعمرو أو يزيد أو عمرو بطلت ﴾ ونحو ذلك ما في الشرائع
وما ذكره مما آتينا لا شراك الثلاثة في أنه لا يسلم المكفول بينه ويزيد الثاني بالتعليق وشرطها التنجيز
وستسمع الحال في التنجيز ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتنجز الكفالة ﴾ فلو قال ان جئت به فانا كفيل لم يصح

ولو قال أنا أحضره أو أؤدي ما عليه لم يكن كفالة وتصح حالة ومؤجلة (متن)

علي اشكال لم يرجح أحد وجهيه في الايضاح والحواشي والمولى الاردبيلي لم يعتبره اذا حصل الشرط وفي (المبسوط والتحرير وجامع المقاصد) وكذا التذكرة اعتبار هذا الشرط قال في (المبسوط) لا يجوز تعليق الكفالة بشرط (قلت) لعدم جواز مثله في مثلها لان التعليق يقتضي عدم الجزم بالكفالة ولان اثر السبب يجب أن يترتب على وقوعه والا لم يكن صحيحا ومع التعليق يمتنع ذلك ولان المعلق عليه يمتنع أن يكون جزء السبب والا لوجب كونه معه مع أن تراخي القبول ممنوع فكيف باقي الاجزاء فاذا امتنع ذلك امتنع اعتباره في العقد فيجب تأثيره بدون المعلق عليه والتعليق ينافيه لكونه مقصودا فلم يبق الا بطلان العقد كذا حرره في جامع المقاصد ونحوه ما في الايضاح لكن عموم أوفوا بالعقود يهدم ذلك كله نعم ان كانت شهرة على اعتبار هذا الشرط كانت شاهدة على عدم تداولها في زمن الصدور بدونه فالاشكال في محله ~~حتى~~ قوله ~~في~~ ولو قال أنا أحضره أو أؤدي ما عليه لم يكن كفالة لانه وعد وليس بالتزام مضافا الى الاصل وقد تقدم مثله في الضمان ~~حتى~~ قوله ~~في~~ وتصح حالة ومؤجلة اما صحتها مؤجلة فموضع وفاق كما في الروضة وكأنه لا خلاف فيه كما في جمع البرهان والتأجيل كأن يقول كفله الى شهر مثلا فيلزمه احضاره بعد انقضاء الشهر ولم يكن له مطالبة به قبله اما لو قال كفله شهرا بمعنى اني آتيك به في ضمن الشهر فيكون الشهر ظرفا لاحضاره فانه يصح اذا كان المراد انه يحضره متى شاء المكفول له في مدة الشهر كما في التحرير (قلت) كما هو الشأن بعد حلول الاجل فانه يجب عليه احضاره متى شاء المكفول له وقد سماها في التحرير موقته والاولى مؤجلة وأما اذا كفله كذلك أي شهرا على ان يحضره متى شاء الكفيل فانه لا تصح لمكان الجمالة والغرر فالشأن فيه كالشأن في تأجيله بنير الوقت المنضبط وقد قالوا بمثله في السلم (وأما) صحتها حالة بمعنى انه لا يشترط الاجل فهو خيرة المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمختار والمفقه وجامع المقاصد وایضاح النافع والمسالك والروضة وجمع البرهان وكذا الكفاية وهو مذهب اكثر علمائنا كما في التذكرة والمشهور كما في جمع البرهان والكفاية وهو حق اليقين كما في السرائر وهذه ممن لا يعمل الا بالقطعيات تجري مجرى الاجماع وظاهر المقيد والشيخ في النهاية وابي جعفر في الوسيلة وسنار في المراسم انها لا تصح حالة وهو المحكي عن القاضي في أحد قوله وبه جزم كشف الرموز وحكاة عن النبي وهذه عبارة الشيخين لا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل وظاهر النافع والتبصرة والمفاتيح الردد حيث اقتصر فيها على ذكر القولين وفي (السرائر والتحرير والتذكرة) انه اذا كفل مطلقا كانت صحيحة وكانت حالة وفي (السرائر) انه حق اليقين (حجة المشهور) العمومات واصل عدم الاشتراط مضافا الى ما في السرائر وفي (الرياض) ان حجة الشيخ والجماعة غير واضحة ولا مذكورة في كتب الجماعة عدى التماس على الضمان (قلت) يمكن ان يحتج لهم بان الكفالة لا بد لها من فائدة فلو شرعت حالة لكانت خالية من فائدة اذ للمكفول له ان يبالغ المكفول من الكافل وقت وقوع الكفالة من غير ترص وذلك يكون عبثا كما في كشف الرموز قلت لكنه لا يكون عبثا في بعض الموارد سلمنا لكن اقصاه ان لا تكون لازمة فتكون صحيحة غير لازمة فاذا رضي بالتأخير لزمت كما يأتي مثله في كفالة المدعي عليه حقا اذا رضي بالتأخير وفي كفالة بدن المحبوس اذ لا فائدة فيه فليحظ ذلك مع تأمل وروية (وليعلم)

على كل من يجب عليه الحضور بمجلس الحكم من زوجة يدعي الغريم زوجيتها أو كفيل يدعي عليه الكفالة أو صبي أو مجنون اذ قد يجب احضارهما للشهادة عليهما بالاتلاف وبدن المحبوس لا مكان تسليمه بأمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس أو عبد آبق (متن)

انه على المشهور من انها تصح حالة وموجلة لافرق بين كون الحق حالا أو مؤجلا لكنه في الثاني يشترط رضا المكفول **قوله** ﴿ على كل من يجب عليه الحضور بمجلس الحكم من زوجة يدعي الغريم زوجيتها ﴾ أي فيجب بالكفالة السعي في احضارها فلم يحضرها حبس لا غير كما سيأتي في كفالة بدن الميت والصبي والمجنون وبعض العامة من الشافعية قول بالمنع بناء على ان الكفيل يغرم ما على المكفول لو لم يرد وهو متعذر هنا وهذا ضابط ذكره في التذكرة قال والضابط في ذلك ان قول حاصل كفالة البدن التزام احضار المكفول يدينه فكل من يلزمه حضور مجلس الحاكم عند الاستعداد يستحق احضاره بحق الكفالة يدينه وعليه به في المبسوط **قوله** ﴿ أو كفيل يدعي عليه الكفالة ﴾ كما في التذكرة أي وان لم تتم البيعة عليه بالكفالة كما سيأتي مثله لان المنكر يجب عليه فصل الخصومة فاذا رضي بتأخيرها صحت الكفالة وان كانت الكفالة في نفسها ليست لازمة اذا طلب الفصل في الحال وكذا الحال في غريم يدعي عليه المال كما سيأتي التنبيه عليه ولعله أولى بالذكر هنا ولعله أراد التنبيه على الخفي وهو صحة كفالة الكفيل أي المدعي عليه الكفالة **قوله** ﴿ أو صبي أو مجنون اذ قد يجب احضارهما للشهادة عليهما بالاتلاف ﴾ أي لاقامة الشهادة على صورتها في الاتلاف وغيره لانه ربما لم يكن الشاهدان بحيث يمكنهما تمييزهما بدون الاحضار فان كان كفيل باذن وليهما فله مطالبة وليهما باحضارهما عند الحاجة وان كفيل بغير اذنه فهي كالكفالة يدين الماقل بغير اذنه وقد تقدم جوازه ولم يحضرها حبس لا غير على الظاهر لعدم ثبوت الحق حينئذ ويتقدح من هذا انه يصح كفالة الدابة اذا اتلفت شيئا أو جنت على آدمي بتفريط صاحبها لاقامة الشهادة على صورتها بل تصح كفالة الكتاب اذا وقعت الخصومة على صورته لاقامة الشهادة عليها ويكون هذا من كفالة الاعيان فليلاحظ ذلك **قوله** ﴿ وبدن المحبوس لا مكان تسليمه بأمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس ﴾ أي تجوز الكفالة به لان تسليمه ممكن بأمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس ان اراد فهو معطوف على كل من يجب لاعلى زوجة وظاهره ان لافرق في ذلك بين كون الحبس ظلما أو بحق وبه جزم في جامع المقاصد وقال الشهيد يمكن تسليمه بغير أمره اذ لا ضرر على من حبسه قلت يبقى الكلام في تصوير فائدة الكفالة وفي (التذكرة) تصح الكفالة يدين الغائب والمحبوس وان تعذر تحصيل الغرض في الحال كما يجوز من المعسر ضمان المال وهو لعله غير ما في الكتاب كما هو الظاهر والمانع من صحة كفالة المحبوس والغائب ابو حنيفة ولعله لعدم ظهور الفائدة بناء على ما في الكتاب أو لعدم الفائدة في الحال بناء على ما في التذكرة وبجمعها عدم امكان التسليم أو التسليم المفيد **قوله** ﴿ أو عبد آبق ﴾ أي لو تكفل يدين عبد آبق لما لكه صح ويلزمه السعي في رده ويأتي فيه ما قيل في كفالة الزوجه كذا قال في التذكرة وفسر العبارة في الحواشي بما اذ كان العبد معتادا لابق فيكفله شخص لمولاه فانه يصح وهو معنى صحيح ولعل هذا من كفالة الاموال **قوله** **قوله**

أو من عليه حق لا دمي من مال أو عقوبة قصاص ولا يشترط العلم بقدر المال فإن الكفالة بالبدن لا به ولا تصح على حد الله تعالى والأقرب صحة كفالة المكاتب ومن في يده مال مضمون كالنصب والمستام وضمان عين المنصوب والمستام ليردها على مالها (متن)

(أو من عليه حق لا دمي من مال أو عقوبة قصاص) إذا كان عليه عقوبة فإن كانت من حقوق الله تعالى كحد الزنا والسرقة والشرب لم تصح الكفالة يدهن عليها عند علمائنا أجمع كفا في التذكرة لأن الكفالة لتوثيق وحقوق الله سبحانه مبنية على الاسقاط وينبغي السعي في دفعها ما أمكن كما عرض رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لما عز بالرجوع والانكار والاستسيع وإن كانت العقوبة من حقوق الآدميين كالقصاص والقتل فقد قرب في التذكرة ثبوتها في القصاص والأولى الجزم به كالكتاب لأن الحق للمقتص وله تعجيله وتأخير جزم بأن الحد لا تصح الكفالة به ونسبه إلى أكثر العلماء واستدل بما روي من طريق الخاصة والعامه من أن الكفالة في حد قتل ولأنه لا تأخير في حد وهذا غير من يدعى عليه الحد في حقوق الناس فإنه تصح الكفالة يدهن لوجوب حضوره عند الحاكم ليثبت المدعي حقه عليه بالبينه والاقرار **قوله** (ولا يشترط العلم بقدر المال فإن الكفالة بالبدن لا به) والبدن معلوم فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض يعرض كعدم احضاره المكفول بل لو غرماه لو لم يحضر المكفول فوجوبه بذلك لا بالكفالة وقد جوزوا ضمان المجهول مع أنه التزام بالمال ابتداء فالكفالة التي لاتعلق لها بالمال أولى وعن بعض الشافعية عدم صحة كفالة من عليه حق مجهول لأنه قد يتعذر احضار المكفول فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله وبنوه على أنه لو مات غرم الكفيل ما عليه وهذا عندنا غير صحيح والحكم المذكور مصرح به في التذكرة وجامع المقاصد وكذا التحرير **قوله** (ولا تصح على حد الله تعالى) كما عرفته فيما سلف **قوله** (والأقرب صحة كفالة المكاتب) كما في التذكرة والتحرير والایضاح وجامع المقاصد والمسالك بل ظاهر التذكرة الاجماع عليه وتردد في الشرائع ومنع ذلك الشيخ في المبسوط والقاضي فيما حكى عنه بناء على أن له تعجيل نفسه (حجة الأولين) أنه اما عبد أو مديون والأول ادخل في استحقاق الاحضار والثاني ظاهر وانه يصح ضمانه فصحة كفالة أولى وقد تقدم غير مرة أن ليس له تعجيل نفسه ومحل النزاع المكاتب المشروط وأن أطلقوا الكلمة كما في المسالك **قوله** (ومن في يده مال مضمون كالنصب والمستام) قال في (التذكرة) ومن في يده مال مضمون كالنصب والمستام والعمارية بشرط الضمان تصح كفالة فيكون في غير الأقرب هنا وقضيته اطلاقها أي الكتاب والتذكرة أنه لا فرق في صحة كفالة بين قولنا بصحة ضمان الاعيان المضمونة وعدمه اما على الاول فلا بحث في صحة الكفالة واما على الثاني فلأن عليه حقا وهو الرد فيدخل تحت الضابط ووجه غير الأقرب وهو عدم صحة كفالة ان الذي عليه ليس هو الاعيان لتؤخذ منه عند عدم الاحضار لو قلنا يفرم اذ المفروض عدم صحة ضمانها وهو كما ترى ضعيف جدا اذ لا يلزم من عدم صحة ضمانها عدم كفالة من هي يده فيجب عليه احضاره ليردها فكانت كفالة الزوجة **قوله** (وضمان عين المنصوب والمستام ليردها على مالها) أي الأقرب صحة ضمانها ليردها وبه جزم في التذكرة هنا وقد تقدم الكلام فيه بما لا مزيد عليه في باب الضمان واحتمال ان يراد من العبارة صحة كفالة عين المنصوب والمستام بعيد جدا لان شرطها التعهد بالنفس وعلى ماصورناه آفا

فان رد برأ من الضمان وان تلف فني الزامه بالقيمة وجهان الاقرب لعدم دون الوديعة والامانة ويصح كفالة من ادعى عليه وان لم يتم اليقينة بالدين وان جعل لاستحقاق الحضور عليه والكفالة بيدن الميت اذ قد يستحق احضاره لاداء الشهادة على صورته والاطلاق يقتضي التعميل فان شرط أجلا وجب ضبطه والتسليم الكامل في بلد المقعد (متن)

لا وجه لتخصيصها بالذ كرتأمل وقد يكون من باب كفالة البديل الآتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان رد برأ من الضمان وان تلفت فني الزامه بالقيمة وجهان الاقرب لعدم ﴾ كوت المكفول كما ذكر ذلك كله في التذكرة ولعله انما أعاده في الكتابين ليبين ما قر به هنا والا فقد تقدم أن معنى ضمانها ردها مع البقاء والقيمة مع التلف وهنا قرب عدم الزامه بالقيمة مع التلف لان الواجب الرد لان الضمان انما كان له فاذا تمذر بالتلف لم يجب شي آخر كما لو مات المكفول هذا ولو قلنا بالصحة كفالة انجبه الثاني لكن القول به بعيد كما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ دون الوديعة والامانة ﴾ يعني لا يصح ضمان الوديعة والامانة كما تقدم بيانه في باب الضمان مسبقا وهذا في (التذكرة) تصح كفالة المستودع والامين لوجوب رد الوديعة عليه وهو مقام آخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح كفالة من ادعى عليه وان لم يتم اليقينة بالدين وان جعل لاستحقاق الحضور عليه ﴾ كما ذكر ذلك كله في التذكرة قال والاصل فيه ان المنكر يجب عليه فصل الخصومه فاذا رضي بتأخيرها صحت الكفالة وان كانت الكفالة في نفسها غير لازمة اذا طلب الفصل في الحال وهو الذي نقله قطب الدين عن املاء المصنف حكاه عنه الشهيد والاتيان بأن الوصية لانه أخفى من السكوت ولولم يحضره لا يترم لعدم ثبوت الحق حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ والكفالة بيدن الميت اذ قد يستحق احضاره لأداء الشهادة على صورته ﴾ كما في التذكرة في أثناء كلام له والحواشي وجامع المقاصد وذلك حيث يكون الشاهد تحمل الشهادة على صورته فيستوفي من ماله ما أتلفه قساً أو مالا فلو مات معسراً فهل لا يجب احضاره لعدم الفائدة أو يجب استظهار الشهيد الوجوب ليعطى من الزكوة أو بيت المال ما يجب عليه وظاهرهم انه لا فرق بين أن يكون دفن أم لا ما لم تتغير صورته فله مستثنى من تحريم النيش ولم يبينوا لنا ما اذا لم يحضره واملم يقولون بعدم غرامته لعدم ثبوت الحق بعد كما تقدم مثله ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاطلاق يقتضي التعميل ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والارشاد والتحرير وغيرها وفي (مجمع البرهان) كأنه لا نزاع فيه وقد سمعت ما في السرائر انه حق اليقين ووجهه انه ينصرف الى انه كفيلاً الآن لان ذلك هو المتبادر منه لان كان مقتضى الاطلاق عرفاً كما هو الشأن في سائر العقود ويبقى الكلام في صحتها حاله وقد تقدم الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان شرط أجلا وجب ضبطه ﴾ اجاءا كما في المسالك ومجمع البرهان والمقاييس وبه صرح في الوسيلة والشرائع والنافع والتحرير والارشاد وغيرها لاستلزام الجمل به التردد المهني عنه في الشريعة في المجهول مطلقاً وغير المضبوط بحيث يقبل الزيادة والنقص كادرالك الغلات ومجبي القوافل واكتفى بعض العامة بالاجل المجهول لاشتغالها على التبرع فتسامح فيه كالعارية وهو قياس مع الفارق لانها غير لازمة فلا يقدح فيها الاجل المجهول لجواز المطالبة بالمستعار في الاجل وان كان معلوماً ولا يشبه هذا ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والتسليم الكامل في بلد المقعد ﴾ أي والتسليم الكامل

ولو عين غيره لزم والمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول في الحال مع التجيل والاطلاق
وعند الاجل في المؤجلة وبخروج الكفيل عن المهلة بتسليمه تاما في المكان الذي شرطه أو
في بلد الكفالة لو أطلق أراد المستحق أو كرهه (متن)

لا يكون الا في بلد العقد وسيأتي ما يعلم منه التسليم الكامل ويحتل أن يكون معطوفا على الفاعل حتى
يصير التقدير وجب التسليم الكامل والاحسن أن يكون معطوفا على التجيل كما قيل مثله في السلم
والقرض وغيرها وهو الموافق للواقع كما ستسمع وإذا أطلق الكفالة ولم يبين موضع التسليم وجب تسليمه
في بلد العقد كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانهراف الاطلاق اليه ولو شرط كان
أكد **قوله** ﴿ ولو عين غيره لزم ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد للزوم الوفاء بالشرط
قوله ﴿ والمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول في الحال مع التجيل والاطلاق ﴾ الوجه
فيه ظاهر وبه صرح في المبسوط والشرائع والتحرير وكذا التذكرة ولعل أو أولى من الواو **قوله** ﴿
(وعند الاجل في المؤجلة) أي بعد الاجل كما في الشرائع وهو قضية ما في المبسوط والسرائر والتذكرة
والتحرير **قوله** ﴿ ويخرج الكفيل من المهلة بتسليمه تاما في المكان الذي شرطه أو في بلد
الكفالة لو أطلق ارادة المستحق أو كرهه ﴾ أما خروجه عن المهلة بتسليمه تاما فقد صرح به في الشرائع
والتذكرة والارشاد واللمعة وغيرها مما تأخر وهو المعلوم من كلام من تقدم والمراد بالتسليم التام كما هو
حاصل ما في التذكرة والمسالك والروضة وغيرها أن يكون في الوقت والمكان المعيين ان عينها في العقد
أو في بلد العقد مع الاطلاق وفي أي وقت شاء مع الحلول مطلقا ولا يكون للمكفول له ما نع من تسلمه
بأن لا يكون في يد ظالم ولا متطلب يمنه منه ولا في حبسه ولا في موضع لا يتمكن من وضع يده عليه لقوة
المكفول وضمف المكفول له ونحو ذلك قالوا فإذا سلمه كذلك برأ لأنه أتى بما وجب عليه وظاهرهم
أنه يجب عليه قبوله كما هو صريح المبسوط والتذكرة وظاهر الكتاب حيث قال أراد أو كرهه واستشكل
فيه في التحرير واختافوا فيما إذا لم يسلمه ففي المبسوط والسرائر إذا لم يقبل أشهد عليه رجلين أنه سلمه
اليه وامتنع وفي (التذكرة والمسالك والروضة) أنه ان امتنع سلمه الى الحاكم وبرأ فان لم يمكن أشهد عدلين
باحضاره له وامتناعه من قبضه لكن في الاولين أعني التذكرة والمسالك ان الاقوى الاكتفاء بالشهاد
وان قدر على الحاكم لانه مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى من ينوب عنه من حاكم وغيره
واستوجه في جامع المقاصد وفي (التحرير) أنه ان امتنع من تسليمه برأ الكفيل على اشكال ولا
يفتر الى اشهاد ولا اذن الحاكم انتهى (قلت) أما وجوب التسليم الى الحاكم فلا دليل عليه لانه
تأخير احضاره الى أن يطالبه وأما جواز دفعه الى الحاكم ووجوب قبوله عليه فهو الموافق لاصول المذهب
وقد قالوا في باب الدين والسلم والتسيئة أنه ان امتنع قبضه الحاكم صرح بذلك في المبسوط والتذكرة
والتحرير والدروس واللمعة وفي (الشرائع) وغيرها قبضه الحاكم ان سئل وفي (المختلف) وغيره التصريح
بوجوب دفعه أي الدين الى الحاكم ومنع في السرائر وغيرها من اجبار الحاكم المستحق على قبضه
أي الدين لكن جماعة هناك كالنفيد والدبلي وابن حمزة والمحقق في النافع لم يتعرضوا للحاكم أصلا قالوا
بل يكون من ضمان صاحب الدين اذا عينه له ومكنه منه ولم يقبضه وواقفهم عليه جماعة لما ذكره هنا في
التذكرة كما سمعت هذا وقد قال هناك جماعة أنه حيث يقبضه الحاكم بخلي بينه وبينه وآخرون أنه

وبموت المكفول في غير الشهادة على عينه أو فيها بعد الدفن أن حرمتا النيش لاخذ المال
وبتسليمه نفسه تسليماً تاماً وإبراء المستحق لأحدهما (متن)

يحتفظ له في بيت المال وحيث يقبضه هنا فالذي ينبغي أن يقال أنه يحضره ويقول له هذا غريمك قال
أن تطالبه بمحك من مال ونحوه والا خلت سبيله وأما الاشهاد فكذلك أي لا يجب أن كان المراد
شرطية وإن كان المراد اسقاط مطالبة مرة ثانية حتى لا يؤخذ به في ظاهر الشرع أو ظلالاً في نفس
الامر فلا مانع منه لأنه ارشاد وقد نبه على ذلك الشهيد في باب الدين ولم يتعرض له سواء هناك
﴿ قوله ﴾ ﴿ وبموت المكفول ﴾ أي يخرج عن الهدية بموت المكفول فإنه إذا مات بطلت الكفالة
ولم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا كما في التذكرة وعليه الإجماع في الفنية وبالحكم صرح في المبسوط
وغيره وفي (التفحيم) أنه المشهور ونفى عنه الخلاف في الرياض لأنه تكفل يديه على أن يحضره وقد
قات بالموت ولأنه قد سقط المحضور عن المكفول فيراً الكفيل ولأن المتبادر من الكفالة إنما هو
الاحضار في حال الحياة وهو التعارف بين الناس فيحمل الإطلاق عليه ويبقى الكلام فيما إذا حضر
الاجل فطلبه فاطل في احضاره مع تمكنه منه حتى مات ﴿ قوله ﴾ ﴿ في غير الشهادة على عينه ﴾
يريد أن الخروج عن الهدية بموته إنما هو في غير الشهادة على صورته وعينه لدلالة ذلك على عدم
الاختصاص بحال الحياة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو فيها بعد الدفن أن حرمتا النيش لاخذ المال ﴾ يريد أن
هذا لم يدفن فإن دفن وحرمتا النيش لاخذ المال لم ينش هنا أيضاً فيخرج عن الهدية بدفته وفي (جامع
المقاصد) أنه يشكل بأن نيش الميت للشهادة على عينه من الأمور المستثناة بالاستقلال غير متفرعة على
جواز النيش لاخذ المال فلا يلزم من تحريم النيش ثم تحريمه هنا وقد سبق في أحكام الجنائز جواز
النيش لكل منها فلا يبرأ بدونه نعم لو علم تغير صورته بحيث لا يعرف برأ الكفيل حينئذ ﴿ قوله ﴾
﴿ وبتسليمه نفسه تسليماً تاماً ﴾ كما في التحرير لأن المقصود رده إلى المكفول فلا فرق بين حصوله في
يده بالكفيل أو بنفسه وهو خيرة مجمع البرهان والتذكرة في أول كلامه وقيد في المبسوط وجامع المقاصد
وموضع من التذكرة بما إذا سلمه نفسه عن جهة الكفيل كأن يقول سلمت إليك نفسي عن جهة الكفيل
قال في (المبسوط) لأنه يكون نائبا عن الكفيل بهذا التسليم والنيابة صحيحة وفي (التذكرة وجامع المقاصد)
أنه لو لم يسلم نفسه عن جهة الكفيل لم يبرأ الكفيل لأنه لم يسلمه إليه ولا أحد من جهته لكنه في الأول
قال الوجه ما قلناه أولاً (وكيف كان) فظاهرهم أنه يجب عليه القبول لو سلم المكفول نفسه ولعله لوجوب
التسليم على كل منهما فاشتركا في ذلك فمضى أداه أحدهما برأ الآخر ولا يضر كون الوجوب على
المكفول في الكفالة تبعاً للوجوب على الكفيل ولا معنى للوجوب عليهما إلا وجوب القبول عليه فأمل
وفي (التذكرة وجامع المقاصد) أنه لو سلمه أجنبي لا عن الكفيل لم يبرأ الكفيل وإن سلمه عن جهة الكفيل
فإن كان باذنه فهو كما لو سلمه بنفسه إذ لا يشترط المباشرة وإن كان بغير إذنه لم يجب على المكفول له
القبول لأنه لا يجب عليه قبض الحق إلا بمن عليه لكن لو قبل برأ الكفيل ولا يبعد كما في مجمع البرهان
أنه لو سلمه الأجنبي لأعنه أي الكفيل أنه يبرأ ﴿ قوله ﴾ ﴿ وإبراء المستحق لأحدهما ﴾ إذا
أبرأ المكفول له الكفيل من الكفالة كأن يقول أبرأته برأ ويبقى الكلام في تعلق الإبراء بمثل ذلك
والظاهر تعلقه بذلك ونحوه من الحقوق كما سنشير إليه في باب الصلح وكذا إذا اعترف بالبراءة كأن

ولا يبرأ بالتسليم ودونه يد غالبه مائة ولا بتسليمه قبل الاجل أو في غير المكان المشترط
وان اتقى الضرر على رأي ولا بتسليمه في حبس الظالم بخلاف الحاكم ويلزم الكفيل اتباعه
في غيبته ان عرف مكانه وينظر في احضاره بقدر ما يمكنه الذهاب اليه والعود به وكذا
ان كانت مؤجلة أخر بعد الحلول بقدر ذلك ولو امتنع الكفيل من احضاره حبس حتى
يحضره أو يؤدي ما عليه (متن)

يقول أبرأته أو برأ الي أو بالرد كأن يقول رد الى المكفول به وإذا أبرأ المكفول به من الحق الذي
كفله الكفيل عليه برأ الكفيل أيضا كما في المبسوط والتذكرة لسقوط الحق المقتضي لبطلان الكفالة
قوله ﴿ ولا يبرأ بالتسليم ودونه يد غالبه مائة ﴾ كما في الشرائع وغيرها ووجه ظاهر وقد
قدم قوله ﴿ ولا بتسليمه قبل الاجل أو في غير المكان المشترط وان اتقى الضرر على رأي ﴾
هو خيرة الشرائع والتذكرة والمختلف والايضاح والحواشي وجامع المقاصد وخيرة التحرير في الاجل
لانه تعرض فيه له لانه غير التسليم الواجب اذ لم يجب بعد فلا يعتد به ولا يجب قبوله وخالف فيهما
الشيخ في المبسوط والقاضي قال في المبسوط اذا لم يكن ضرر لزمه تسلمه قبل الاجل وفي غير المكان وهو
قول لبعض العامة حكاه في التذكرة وقد تقدم لهم في باب القرض ماله نفع تام في المقام ويشهد لكلام
الشيخ قوله ﴿ ولا بتسليمه في حبس الظالم بخلاف الحاكم ﴾ كما في المبسوط والشرائع
والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك لفرق بين الحبسين لاث الحاكم لا يمنعه من
احضاره ومطالبته بحقه بخلاف الظالم فاذا طالب أي المكفول له الحاكم باحضاره أحضره بمجلسه وحكم بينهما
فاذا فرغت الحكومة رده الى الحبس بالحق الاول ولو توجه عليه حق للمكفول له يوجب الحبس حبسه بهما وتوقف على
تخليصه منهما كما في التذكرة وغيرها ولو كان المكفول له قادرا على تسلمه تاما في حبس الظالم فقد يجبرونه
بجبري المحبوس وقد لا يجبرونه كما تقدم مثله فيما اذا سلم نفسه أو تسلمه وعلى الاول يكون اطلاق كلامهم
مبنيا على العالب من تعذر تسلمه تاما كذلك قوله ﴿ ويلزم الكفيل اتباعه في غيبته أن
عرف مكانه وينظر في احضاره بقدر ما يمكنه الذهاب اليه والعود به وكذا أن كانت مؤجلة اخر
بعد الحلول قدر ذلك ﴾ كما ذكر جميع ذلك في المبسوط والتذكرة والمسالك وجمع البرهان والشرائع
والتحرير والارتداد لكن لم يذكر في الثلاثة الاخيرة التفيد بمعرفة مكانه اسكه مراد فيها قطعا وبذلك
كاه قال عامة اهل العلم كما في التذكرة وقال انما يجب عليه احضار الغائب عند امكان ذلك وان كان
غائبا غيبة منقطعة كأن لا يعرف موضعه وينقطع خبره لم يكاف الكفيل احضاره لعدم الامكان أي
لانه تكليف مالا يطاق ولا نبي عليه لانه لم يكفل المال ونحو ذلك ما في المسالك وجمع البرهان وهو
ظاهر الباقي ولا فرق في العائب المعلوم محله من التجاوز لمسافة القصر وعيره كما في التذكرة والمسالك
والمخالف بعض الشامية قوله ﴿ ولو امتنع الكفيل من احضاره حبس حتى يحضره أو
يؤدي ما عليه ﴾ كما في النهاية والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والارتداد والهمة والروضا وظاهر
هذه الكتب انه اذا أدى ما عليه وجب على المكفول له القبول ويبرأ الكفيل بذلك وفي (التذكرة
وجامع المقاصد) انه اذا لم يرض يدفع المال وطلب احضاره الزمه الحاكم باحضاره وفي (المسالك والمفاتيح

والرياض) انه اقوى وفي (الروضة) انه قوي وفي (مجمع البرهان) انه ليس بعيد والظاهر انه لا خلاف بينهم في جواز الاكتفاء عن الاحضار باداء ما عليه اذا رضي به المكفول له وانما الخلاف فيما اذا لم يرض (حجة الاولين) أن الغرض حاصل فكان كما لو ادى دين الغريم اجني نعم أن قيل هناك بعدم وجوب القبول امكن هنا بل لعله أي احتمال الوجوب هنا اقوى لانه يريد الخلاص من الكفالة والظاهر ان المكفول له قد انتقد ضميره على ذلك من حين الكفالة لان الظاهر ان مقتضاها لزوم المال أن لم يحضره فالزامه بالاحضار تكليف واضرار وقد يكون لا غرض له الا اللجاج الا ان تقول انه اذا علم منه ذلك لم يجب قائل مضافا الى انه قد يعتذر ذلك عليه فليتأمل (وحجة) ما في التذكرة انه قد يكون له غرض لا يتعلق بالاداء أو بالاداء من الغريم بخصوصه فان الاغراض قد تتفاوت اذ قد يكون ماله لا يخلو عن شبهة أو يخاف انه أن ظهر مستحقا لا يقدر على اخذ بدله منه ولانه مقتضى الشرط وهذا اقوى ويتقدح من ذلك انه لا يجب قبول الحق عن غير من هو عليه (ويؤيد) هذا القول أو يدل عليه ما رواه في الكافي في الموثق عن ابي عبد الله عليه السلام قال اتي أمير المؤمنين عليه السلام برجل تكفل بنفس رجل فحبسه وقال اطلب صاحبك وروى الشيخ مثله وكذا الصدوق في القبة عن سعد ابن ظريف ونحو ذلك ما في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام وهذه الاخبار على كثرتها واعتبار سند بعضها وانجبار ضعف ما فيها بعمل العلماء ليس فيها تخيير للكفيل بين الاحضار واداء المال بل انما فيها الامر بالاول خاصة وقد يقال باحتمال ورود الامر والالزام بالاحضار مورد الغالب من عدم بذل الكفيل المال فلا دلالة فيها على لزوم الاحضار على الاطلاق والظاهر أن الحبس للحاكم فيحبسه الى أن يحصل ما يقتضيه مذهبه (وليعلم) ان مختار الشيخ ومن واقفه على تقدير تمامه انما يصح فيما يمكن اخذه من الكفيل كالمال فلو لم يمكن كالتقصاص وزوجية المرأة والدعوى بمقو به توجب حدا أو تمزيقا فلا بد من الزامه باحضاره مع الامكان أن لم يكن له بدل اما ماله بدل كالدية في القتل وان كان عمدا ومهر مثل الزوجة فانه يجب عليه البدل كما به عليه المصنف في التذكرة وجعاعة ثم على تقدير كون الحق مالا واداء الكفيل برضى المكفول له أو مطلقا فان كان قد طالبه بالاحضار وادى باذن المكفول عنه رجع عليه وان كان قد كفل بنير اذنه وكذا أن ادى بنير اذنه مع كفاله باذنه وتعذر احضاره والمراجعة اليه لان ذلك من لوازم الكفالة فالاذن فيها اذن في لوازمها أو يكون من باب الاسباب بناء على ما مر في التذكرة ولا رجوع له الا في هاتين الصورتين اما اذا اتفى الامران وطالبه وامكنه احضاره ولم يحضره لم يرجع عليه وكذا اذا كفل باذنه وادى بنير اذنه مع تمكنه من مراجعته ومثله ما اذا تعذر عليه احضاره مع عدم اذنه في الكفالة ولم يطالبه المكفول له اما اذا طالبه وضيق عليه فانه يرجع عليه كما في التذكرة والكتاب في آخر الباب وجامع المقاصد لانه ادى دينه بأذن شرعي فيستحق الرجوع عليه ونسبه في المسالك الى ظاهرهم وفيه تأمل والفرق بين الكفالة والضمان في رجوع من ادى بالاذن هنا وان تكفل بنير الاذن بخلاف الضمان عدم تعلق الكفالة بالمال اولا وبالذات وان حكم الكفيل بالنسبة اليه حكم الاجني فاذا اداء باذن المدين فله الرجوع بخلاف الضمان لا انتقال المال به الى ذمته فلا ينفعه الاذن في الاداء بسده لانه كأذن الاجني البري للمدين في اداء دينه كما به على ذلك في التذكرة وغيرها ويأتي في آخر الباب الاشارة الى بعض ذلك وينبغي ملاحظة جميع ما ذكر بالنسبة الى ما في التذكرة وغيرها من المذهبين لان ما في التذكرة يقضي بانه ليس من مقتضى الكفالة

ولو قال ان لم أحضره كان علي كذا لزمه الاحضار ولو قال علي كذا ان لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال (متن)

المال قوله ﴿ولو قال أن لم أحضره كان علي كذا لزمه الاحضار ولو قال علي كذا ان لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال﴾ يعني أن لم يحضره كما في النهاية والسرائر والنافع وكشف الرموز والتحرير والتذكرة وحواشي الكتاب واللمعة والمهذب البارع والتنقيح والشرائع والارشاد وجامع المقاصد الا ان الثلاثة الاخيرة خلت كالكتاب عن القيد الذي قيدناه وهو مراد فيها ما عدى الاخير وتنسج كلامه وهو المحكي عن القطب والى ما في النهاية يرجع كلام القاضي وابن حمزة بتقريب قريب (قال القاضي) أن قال أن لم أحضره في وقت كذا فعلي كذا قدم ذكر الوقت واخر ذكر المال لم يجب عليه اذا حضر الاجل الا احضاره دون المال وأن قال علي كذا أن لم أحضره في وقت كذا قدم ذكر المال واخر الوقت وجب عليه اذا حضر الاجل ولم يحضره المال الذي ذكره وقال في (الوسيلة) أن قدم ضمان المال على الكفالة وعجز عن التسليم لزمه المال فان قدم الكفالة على ضمان المال لزمه احضاره دون المال وفي (المهذب البارع) في شرح عبارة النافع أن المسئلة اجماعية وفي (جامع المقاصد) في شرح عبارة الكتاب هذا مروي من طرق الاصحاب وقد اطبقوا على العمل به وفي (حواشي الارشاد وجامع المقاصد) ايضا ان الفارق بين المستثنين الاجماع والنص ونحوه ما في غاية المرام فيما حكى عنها وظاهر كشف الرموز والتنقيح وايضاح النافع الاجماع على ذلك حيث نسب فيها الى الاصحاب وفي (الفنية) دعوى الاجماع في المسئلة اواحدا شقيا لكن العبارة غير رقية عن اللفظ فلم نقلها ابعده هذا كله يصح لصاحب المسالك أن يمنع الاجماع ويقول ان احدا من الاصحاب لم يدعه وانما ادعاه ابن فهد وتبعه الشيخ علي ثم يتعجب منها ويقول أن الموجود كلامهم في المسئلة جماعية يسيرة والباقون لا يعرف حكمهم فيها مع انه سبه في الروضة الى المشهور واستند في منع الاجماع في المسالك الى خلاف ابي علي الذي لا يزال مخالفا وقال أن المحقق له في المسئلة قولان لانه ترك القيد الذي قيدناه عبارة الكتاب في الشرائع واثبته في النافع وقال ان للامامة اربعة اقوال باعتبار القيد المذكور وعدمه فانه ذكره في التذكرة والتحرير واهمله في الارشاد والكتاب فكان له بذلك قولان ولانه استنسب مذهب ابن الجنيد وهو قول يحتاج تقريره الى تطويل متنسج حاصله عن قريب ولانه حكى عن ولده انه حمل الرواية على انه التزم في الصورة الاولى بما ليس عليه كما لو كان عليه دينار فقال ان لم أحضره فعلي عشرة دنانير مثلا فهنا لا يلزمه المال اجماعا لانه التزم بما ليس عليه وأما الثانية فلانه التزم بما عليه وهو الدينار مثلافكا أنه قال علي الدينار الذي عليه ان لم أحضره فجعل هذا الاحتمال في الرواية قولاً له رابعا كما جعل استنسابه مذهب ابي علي قولاً وقطع بذلك الطريق على المتأخرين عنه وأنت قد عرفت الحال في ذلك وان غاية ذلك الاختلاف في الاطلاق والتقييد هو لا يوجب المخالفة في أصل الحكم مع احتمال عدم المخالفة والاتفاق كما هو الظاهر على اعتبار ذلك القيد وتركه في تلك الكتب لتقدم الشرطية فيها حيث قيل فيها ان لم أحضره قبل الحكم مضافا الى استدلالهم على ذلك بالمؤقتين المذكور فيهما القيد والامر في ذلك واضح ثم ان لنا في كلامه في المسالك مناقشات يطول بذكرها الكلام وهي لا تخفى على المتأمل فقد تطابقت الفتوى والاجماع من صريح وظاهر على مورد واحد وهو الحكم مع القيد

كما هو واضح وإن أبيت قلنا على أصل الحكم لا وصفه من أحد الأمرين ثم إن إجماع الشيخ علي إنما حكمه على العمل بالمروي كما سمعته فكان واقفا على الحكم مع القيد ثم قال ولا يكاد يظهر فرق بين الصيغتين باعتبار اللفظ ومثل هذا إنما يصار إليه من غير نظر إلى حال اللفظ مصيرا إلى النهي والإجماع ثم حكى عن ابن الجنييد أنه إذا بدأ بالضمان قال ثم عقبه الكفالة أنه يصح ضمانا وكفالة وإذا بدأ بالكفالة ثم علق الضمان أن الكفالة تصح ويطلق الضمان وحكي عن المختلف أنه قال إن كلامه أنسب ثم أورد على الأول أنه إذا صح الضمان برأ المضمون عنه فأي معنى للكفالة ثم قال ويمكن أن يقال إن السرفي لزوم المال إذا قدمه براءة ذمة المضمون عنه فتمتع الكفالة وإذا قدم الكفالة كان الضمان المتعقب لما لا يكونه معلقا على شرط باطلا ولما فاق الضمان صحة الكفالة وكيف كان فالذهب ما عليه الأصحاب انتهى فإجماعه حيث حكمه على المروي في محله وما استنبطه من السر لم يصادف محله على أنه قد يكون ذلك منه في بيان حال كلام أبي علي كما يرشد إليه قوله وكيف كان فالذهب ما عليه الأصحاب وإن احتاج ذلك إلى نجش شديد وكيف كان فهذا لا يقدح في إجماعه ولا يتناسب صاحب المسالك أطالة الكلام عليه في ذلك وإن قدح في إجماعه وما كان ليكون فلا يقدح في الإجماعات الآخر (وأما الأخبار) فهي ما رواه الشيخ عن أحمد بن البرزطي عن داود بن الحصين عن الباق عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت عن الرجل يتكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا درهما قال إن جاء به إلى أجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه أبدا إلا أن يبدأ بالدرهم فإن بدأ بالدرهم فهو له ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله ورواه في الفقيه عن داود بن الحصين وليس في سند التهذيب من يتأمل فيه غير داود بن الحصين وقد قال (جش) أنه ثقة والشيخ أنه واقفي فهو ثقة واقفي فيكون الخبر موثقا وهو حجة بل الظاهر أنه صحيح لأن (جش) أضبط من الشيخ مصنافا إلى أنه يروي عنه من لا يروي إلا عن ثقة كصفوان وجعفر بن بشير والبرزطي ولعل حكم الشيخ مأخوذ من ابن عقده وليس في طريق الصدوق إلى داود بن الحصين من يتأمل فيه سوى الحكم بن مسكين وهو كثير الرواية ومقبولها وصاحب كتب متعددة وقد قال الشهيد لما كان كثير الرواية ولم يرد فيه طعن فانا أعمل على روايته وقال أيضا إن الكشي ذكره ولم يطن فيه قد ذكره غير قادح ولا موجب للضعف وقال الأستاذ قدس سره في تعليقه أن رواية ابن أبي عمير عنه أشعرا بثبوته ويؤيده رواية ابن محبوب وابن فضال وابن أبي الخطاب عنه فكان الخبر في الفقيه حقا قوله في المسالك أن في سند الروايتين ضعفا وجهالة في بعض رجالهما غير صحيح لأن سندهما لوجهالة فيه ولا ضعف ومتسمع حال سند الأخرى وهي ما رواه الشيخ وثقة الإسلام عن محمد بن (كا) حميد بن زياد عن ابن سماعة عن الميثمي عن أبان عن الباقر قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل تكفل لرجل بنفس رجل فقال إن جئت به والا فلي خمس مائة درهم كافي التهذيب وفي (الكافي) إن جئت به والا فليك خمس مائة درهم وفيها معا قال عليه نفسه ولا شيء عليه من الدرهم فإن قال علي خمس مائة درهم إن لم أدفعه قال يلزمه الدرهم أن لم يدفعه وحيد بن زياد ثقة أو موثق وكذلك أحمد بن الحسن الميثمي والحسن بن محمد بن سماعة واقفي ثقة وأبان بن عثمان ممن أجمعت له العصاية وحاله أشهر من أن يذكر فالخبر موثق بل قال المقدس الأردبيلي إن في نسخة الكشي التي عنده أنه كان قادميا أي من القادسية فلا يكون ناووسيا فهذان الخبران مشهوران رواية وقوى ظاهران فيما فهم منها العلماء

الاقدمون الاجلاء الكبار العارفون بما في الاخبار فلا يلتفت الى ما يرد عليهما من حيث مخالفتها للقواعد الشرعية والعربية فكم من نص خرجنا به عنهما وليس كحديث في أعلا مراتب القوة من جهة قوى الطائفة وأجماعاتهم مع اعتبار السند ولا حاجة بنا الى التكاليف الصادرة عن حاجة في تطبيقها على القواعد مع تضمن بعضها اخراجها عن مظاهرها كما ستسمع (وما يقال) ان مفهوم الشرط في الرواية الأولى انه ان لم يحكى به لزمه المال فقد دل بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعة وأبدوه من الفرق (فيه) ان قوله عليه السلام وهو كفيل بنفسه أبدا الا أن يبدأ بالدرهم فهو له ضامن يدفع هذا المفهوم فكان المراد بهذا الغائه وتذكير الضمير في له بتأويل الدرهم بالمال وتقييد الضمان بعد الاتيان به في الأجل مع ثبوته من حين المقدم من باب المساهلة في العبارة ولا نظر فيه الى اعتبار المفهوم ويحتمل ان يرجع ضميره الى المديون وكذلك الضمير المستتر في لم يأت أو يرجع الأول الى المال والثاني الى المديون ويكون المقصود ان الرجل ضامن للمديون أو المال بمعنى انه يجب عليه الأتيان بالمال ان لم يتبرع المديون بالاتيان بالمال في الاجل الذي أجله الضامن والتقييد بالشرط مبني على تبرع المديونين بأداء المال حيث كان المال عليهم والضامن في كثير من الاحوال الى مصلحتهم وهذان الاحتمالان يفوتان القيد الذي بنى عليه الاصحاب (وأما الرواية) الثانية فليس الكافي مخالفا فيها للتهذيب في الصيغة الثانية التي هي محل النظر بالنسبة اليهما وأما الأولى فلا بحث فيها بالنسبة الى الكافي وصاحب الوافي قلب الامور مع ما فيه من الفساد الواضح من اعتباره في الفرق عدم القبول قال ويخطر بالبال ان مناط الفرق ليس بتقديم الشرط على الجزاء وتأخيره عنه كما فهموه بل مناطه ابتداء الكفيل بضمان الدرهم من قبل نفسه مرة والزام المكفول له بذلك من دون قبوله مرة أخرى كما هو ظاهر الحديث الثاني على رواية الكافي والحديث الاول وان كان ظاهره خلاف ذلك الا انه يجوز حمله عليه فان قول السائل فان لم يأت فعله كذا ليس صريحا في انه قول الكفيل وعلى تقدير أبانه عن هذا الحل يحمل على وهم الراوي وسوء تقريره فان مصدر الخبرين واحد والسائل فيهما واحد وأما على نسخة التهذيب التي نشأت منها تكاليف الاصحاب فلا يتأتى هذا التوجيه والظاهر انه من غلط السامع (وليعلم) ان ابن ادريس قال في آخر كلامه هذان الخبران اوردهما الشيخ في التهذيب وفي نهايته أورد عبارة ملتبسة في هذا المعنى وقصده ذلك ما ذكرناه وقد كان ذكر في أول كلامه الفرق بين الصيغتين بما نصه انه بدأ في الاولى بضمان النفس قبل المال وفي الثانية بضمان المال أولا فقال علي كذا قال فافترقا كذا الامر ان وغرضه بيان الفرق بين الصيغتين وتصويره وأن مناطه تقديم الشرط وتأخيره لان ذلك محل اشتباه لان الشرط لا فرق فيه بين ان يتقدم أو يتأخر وليس غرضه بيان الوجه في الفرق بين المستثنين فما انصفوه حيث قالوا انه فرق بنفس الدعوى لا يحصل له فائدة وأول من طعن عليه المحقق وتلميذه غير ملاحظين آخر كلامه والافتل ذلك لا يخفى على أصاغر الطلبة وقال أيضا في (السرائر) لا بد من أن تكون الدرهم التي لزمته في الموضع المذكور ضمينا عما وجب له في ذمة المضمون عنه ثابتة في ذمته حتى يصح ضمانها لانا قد بينا ان ضمان ما لم يجب ولا يثبت في الذمة لا يجوز قلت وهو صريح غيره ومن لم يصرح به فهو مراد له لما ذكر وفرق في التقييد بفرق قال انه حسن ولم يذكره أحد من الاصحاب وملخصه ان المراد من الاولى الاتيان بصيغة الكفالة وتعقبها بالزامه بالمال ان لم يأت به وذلك يقتضي صحة الكفالة لتصريح بها وما بعدها من المال أمر لازم للكفالة

ولو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحق الى ورثته (متن)

لما تقدم من أن مقتضاها لزوم المال للكفيل ان لم يأت به وأما الثاني فأنها تشتمل على ضمان معلق على شرط والشرط متأخر فهي أما مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط او ان الضمان تم بقوله علي كذا والشرط بعده مناف له فلا يلتفت اليه فانه كمتعيب الاقرار بالثاني ولا يخفى ما في هذا الفرق لانه لا يتم في الرواية الثانية لان قوله فقال من باب توضأ فغسل وجهه ويديه وقال في (المسالك) الذي يقتضيه ظاهر الرواية ان الكفالة وقعت بصيغة تامة في الموضعين وتعقبا ما ذكر في الاشتراط بدليل قوله رجل تكفل بنفس رجل ثم قسمها الى القسمين فان التكفل اذا أطلق يحمل على معناه الشرعي وانما يتم بذكر لفظ يوجهه الى آخر ما ذكره وأطال فيه فمن أراد الوقوف عليه فليرجع اليه (ويرد) عليه ما يرد على التفتيح وزيادة كما ستسمع في كلام المولى المقدس الاردبيلي فانه ذهب الى عكس ما في المسالك وان ذلك ليس كفالة بوجه قال ان القول بمقتضى القوانين ان يقال ان كان التعليق مطلقا مبطلا للكفالة والضمان فالمسئلتان باطلتان لذلك الا ان أوقع صيغتهما بمثل هذه الشرطية فيعمل بها ويحكم بطلان الشرطين وان جوز مطلقا أو بخصوصهما لكون الشرط من مقتضى الكفالة والضمان فينبغي ان يكون الحكم في الصورتين بالزام الحق المضمون وضمانه ان لم يحضره في الاجل ولا يكلف بالاحضار ولا يكون كفالة بوجه ولكنه ان أحضره قبل منه وسقط عنه المطالبة بالمال للشرط ولا يبعد حمل الرواية الاولى على هذا بان يحمل قوله وهو كفيل بنفسه ابدا فانه (بأنه خل) (على انه خ) لا يخلصه من تسليم الدرهم الا احضاره وكذا الثانية بان يكون المراد بقوله ولا عليه شيء من الدرهم ان يجيء به والظاهر ان المراد لتوافق الاولى وانه يرجع حاصل الروایتين فيها أي الصورتين الى أمر واحد والتخالف في الحكم في ظاهر الروایتين انما هو بحسب الظاهر لا بحسب نفس الامر لوجود تغيير ما في لفظهما لانه ليس بمنقول عنه عليه السلام لفظا بل معنى ثم احتمل ان يكون المراد سبق ذكر الكفالة في الاولى بان قال علي نفسه ثم قال فان لم أحضره فعلي كذا وفي الصورة الثانية سبق ذكر الضمان بقوله علي المال مثلا ولا حكم للشرطية ويكون ما فهم من سقوط المطالبة بالنفس بدفع المال في الاولى لحصول الغرض وهو استيفاء الحق كما انه مقتضى الكفالة وأن معنى قوله عليه السلام فهو له ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذي أجله انه ان سلم المال في الاجل تسلمه (وتسلمه خل) والا فهو ضامن ولا بد من الخروج عن الهدية وكذا في الرواية الثانية قال ويمكن ان تكون الدرهم غير الحق الذي في ذمة المضمون عنه الى آخر ما قال (وقال صاحب الكفاية) في بيان الرواية الثانية ان الكفالة تقتضي احضار النفس وليس على الكفيل شيء سواء حيث اشترط في ضمن العقد ان عليه خمسمائة درهم ان لم يحضره كان عليه الخمس مائة بشرط عدم الاحضار فكان كما لو نذر الحج في هذه السنة ثم نذر ان يتصدق بالف دينار ان لم يجيء في هذه السنة الى آخر ما قال وكلها تكلفات لاحاجة بنا اليها مضافا الى ما يرد عليها بقوله ﴿ولو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحق الى ورثته﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد وفي (التذكرة) انه الصحيح عندنا لانه حق للميت فينتقل الى ورثته كغيره من الحقوق لعموم آية الارث وقال بعض الشافعية ان الكفالة تنقطع لانها ضعيفة فلا يحكم بثبوتها ولاقتضاها الاحضار اليه وقد تعذر وليس بشيء لانا نمنع ضعفها سلمنا لكن تنتقل الى الوارث ولو كانت ضعيفة ولا يسقط

ولو أطلق غريبا من يد صاحب الحق قهرا ضمن احضاره أو أداء ما عليه ولو كان قاتلا
لزمه احضاره أو الدية (متن)

الحق بتعذر ايصاله الى مستحقه الاول ولم يرجع في الايضاح بقي هنا شيء وهو ان المستحق
لو باع الدين أو أحال به غيره فان الكفيل يرا لان الكفالة لا تنتقل الى من انتقل اليه الدين لعدم
المقتضي لانه لم ينتقل الى مشتري الدين سواء لاسائر الحقوق المتعلقة به مضافا الى أن الكفالة ليست
حقا قابلا للنقل بالاختيار بخلاف الارث ففرق واضح بين انتقال الحق من الموروث الى الوارث وبين
انتقال الحق من المستحق يبيع أو غيره فان الكفالة هنا لا تنتقل كما سينبه عليه المصنف في آخر الباب
والظاهر فيما اذا باعه غلته نفسه بقاؤها وبقي شيء آخر وهو انهم جميعا لم يتعرضوا لما اذا مات الكفيل
فهل للمكفول له مطالبة ورثته بالاحضار اذا مات عن تركه وافية بالدين الذي على المكفول الظاهر انه
ليس له ذلك لان ذلك حق متعلق بنفسه لا بماله وانما عادي في بعض الصور بالآخرة الى ماله وعليه نبه
في التحرير في مسألة تراعي الكفالات ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أطلق غريبا من يد صاحب الحق قهرا
ضمن احضاره أو أداء ما عليه ﴾ كما في الوسيلة والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة
وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية والرياض وفي الاخير انه لا خلاف فيه وعلاه
في التذكرة وتبعه عليه الجماعة بانه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها أو
أو أداء الحق الذي بسببه ثبت اليد عليه وينبغي أن يكون الحكم كما سلف في الكفيل الممتنع من
تسليم المكفول يطالب بالتسليم مع الامكان لانه يفرض التخيير اليه من أول الامر على ما هو المختار من
الترتيب بين الاحضار والاداء وما هنا لعله مبني على المشهور من أنه مخير من أول الامر أو على صورة
التعذر كما سندع نحوه وحيث يؤخذ منه المال هنا فلا رجوع له على التبريم اذا لم يأمره بدفعه اذ لم
يحصل من الاطلاق ما يقتضي الرجوع كما صرح بذلك في المسالك والروضة وفي (التذكرة) ما يخالف
جميع ذلك قال ولو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذنا المال أو الدية من الكفيل كان
للكفيل الرجوع على التبريم الذي خلصه قصاصا انتهى فليتأمل فيه جيدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان قاتلا
لزمه احضاره أو الدية ﴾ كما صرح بذلك في جميع الكتب المذكورة آتقا وبه طفت عباراتهم في باب
القصاص وقد روى ثقة الاسلام عن حريز في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال
سأله عن رجل قتل رجلا عمدا فدفع الى الوالي فدفعه الوالي الى أولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم
قوم فخلوا القاتل من أيدي الأولياء قال أرى أن يحبس الذي خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى
يأتوا بالقاتل قيل فان مات وهم في السجن قال فان مات فعليه الدية يؤدونها جميعا الى أولياء المقتول
وهو ظاهر في خلاف ما ذكره من التخيير بين احضاره وبين دفع الدية وظاهر في أنه مع حيوة القاتل
ليس الحكم الا احضاره وتسليمه كما هو مقتضى الكفالة ومنه يفهم حكم المسئلة الاولى فان مرجع
المستثنين الى أمر واحد وهو من أطلق من عليه حق من يد غريبه قهرا فانه يضمه ويجب عليه احضاره
وتسليمه لمن أخذه من يده أو ان للحاكم أن يحبسه كما يحبس الكفيل حتى يحضره لكن يدفع ذلك
كأنه ان الحكم مخصوص بصورة التعذر ثم ان الخبر يدل على انه ليس كفالة لانها تبطل بالموت مع ان
ظاهر جماعة وصرح آخرون كصاحب الوسيلة وصاحب اللمعة وكذا الروضة والمسالك وجمع البرهان

فإن دفعها ثم حضر الغريم تسلم الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوبا وإن لم يقتل ولا يتسلم الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بدية ولا قصاص ﴿فروع﴾ الأول لو قال الكفيل لا حق لك على المكفول قدم قول المكفول له لاستدعاء الكفالة ثبوت حق (متن)

بل التذكرة أيضا والكتاب لأنه سماه كفلا فيها أنها كفالة واحتمل الشهيد انسحاب الغريم إلى الحال عليه فاحتمل ادخال هذا القسم في الحوالة لأنه لو مات لم تبطل قليله والاولى أن يقال إن هذه الكفالة القهرية لا تبطل بالموت كما أنه هو الذي يوافق الاعتبار وكلام الأصحاب (هذا) ولا فرق بين كون القاتل عامدا أو مخطئا فلا يقتص منه في العمد لأنه لا يجب على غير المباشر وفي (التذكرة وجامع المقاصد والمسالك) في بيان الوجه أنه لما تعذر استيفاء القصاص وجبت الدية كما لو هرب القاتل عمدا أو مات (قلت) ونحن قد اخترنا (١) في باب القصاص في باب العفو أنه إذا مات إن أصبح سقوط الدية وإنه إذا هرب وفر أنها تجب في ماله إن كان له مال وألا أخذت من الأقرب فالأقرب كما في موقعة أبي بصير وقد أوضحنا ذلك وبيناه هناك بما لا مزيد عليه ثم إن استمر هاربًا ذهب المال على المخلص ﴿قوله﴾ ﴿فإن دفعها ثم حضر الغريم تسلم الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوبا وإن لم يقتل﴾ إذا تمكن الولي منه في العمد وجب عليه رد الدية إلى الغريم وإن لم يقتص من القاتل لأنها وجبت لمكان الحيولة وقد زالت وعدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحق كما صرح بذلك في التذكرة والمسالك والروضة واستشكل في التحرير قال وإذا حضر القاتل هل يقتل ويستعبد الدافع من الأولياء فيه إشكال ثم قال وهل له الزامه بما أدى على تقدير انتفاء جواز قتله فيه نظر انتهى ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله وقد تعذر استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذ الحق من الكفيل كان له الرجوع على الذي خلاصه كتخليصه من يد المستحق ﴿قوله﴾ ﴿ولا يتسلم الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بدية ولا قصاص﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة لأنه لم يكمله بقوله ولم يدفع برضاه ولم يكن المدفوع واجبا بالاصالة وإنما وجب بعارض وهي الحيولة وإن زالت وأما عدم تسلمه بالقصاص فظاهر ومضى المصنف المطلق قهرا مكتمولا مجازا لكنه سعى الخالص كميلا والخبر يعطي أنه ليس بكفيل كما عرفت وقد سمعت ما حكيناه آنفا عن التذكرة من أنه لو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذنا المال أو الدية من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلاصه قصاصا ولا تنفل عما في التحرير من النظر ﴿قوله﴾ ﴿فروع﴾ قد ذكرنا أحد عشر فرعًا بها يتم الباب ﴿قوله﴾ ﴿الاول لو قال الكفيل لا حق لك على المكفول قدم قول المكفول له لاستدعاء الكفالة ثبوت حق﴾ قد صرح بتقديم قول المكفول له في الفرض المذكور في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية لأن الكفالة لا تصح إلا مع ثبوت الحق والاصل في العقد الصحة لأن الانكار راجع إلى دعوى فساد الكفالة بعد صدورها ليسقط عن نفسه وجوب الاحضار والمكفول له يدعي الحق المصحح للكفالة فالدعوى راجعة إلى صحة الكفالة الصادرة وفسادها والاصل في العقد الصحة (وعساك تقول) هو لم ينكر الدعوى وصحتها وإنما أنكر الدين وذلك

(١) كذا في النسخ والظاهر اخترنا بغيره (مصححه)

فان أخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم (الثاني) لو تكفل
اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر (متن)

لا يقتضي بطلان الكفالة فلا تكون الدعوى راجعة الى صحة الكفالة وفسادها (لانا قول) انكاره
الدين مع اعترافه بالدعوى عبث لا معنى له لانه لا يؤثر في سقوط حق الاحضار فينبغي أن يكون غرضه
في قوله لاحق لك عليه ابطال الكفالة ليسقط عنه وجوب الاحضار فلا بد أن يكون منكرا حقا بصحيح
الكفالة وهو اما صحة الدعوى أو المال والحق في عبارته نكرة يفيد العموم شامل للأميرين هذا (وعساك
قول) قد تقدم في باب البيع والرهن والضمان ان التمسك باصالة الصحة في العقود انما يكون بعد استكمال
أركانها ليتحقق وجود العقد أما قبله فلا وجود للعقد وثبت الحق من أركان الكفالة فليقدم قول الكفيل
(لانا قول) ان ذلك انما يكون حيث يكون لمدعي الفساد أصل يستند اليه أو ظاهر يرجع اليه غير أصل
البراءة كمن ادعى انه باع أو ضمن أو رهن حال الصبوة فان معه اصالة الصبا واصالة براءة الذمة
وكن ادعى أن العقد وقع على الحر لظن الرقية لعدم العلم بعقته من الوكيل ونحوه فان أصل الصحة
لا يعارض ذلك لان مرجعه الى صحة فعل المسلم بمعنى انه لا يتصرف باطلا لانه يقال له ما تصرفت
باطلا نامدا وما نحن فيه ليس للكفيل الا أصل البراءة وهو غير معتضد بأصل ولا ظاهر فكان مقطوعا
قطعا باصالة صحة العقد المعتضد بالظاهر كما حررناه في أول باب الضمان على أن الحق ان هذه القاعدة
غير محررة ولم تعرف من أحد غير المحقق الثاني كما حررناه وأوضحناه في باب الاجارة وهل يقتصر الى
اليمن فقي (مجمع البرهان) انه لا يحتاج الى اليمن لان الكفيل معترف بالكفالة وهي من دون ثبوت حق
في ذمة المكفول غير معقول فلا تسمع دعواه ولا يحلف له لان دعواه تخالف قوله وهو قوي وفي (المبسوط
والسرائر واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية) أن القول قوله مع يمينه (قلت) لهم أرادوا
أن ما يدعيه ممكن وفي (التحرير) انه الأقرب وفي (المسالك) ان القاعدة قديم قول المكفول مع
يمينه ولو نكل ففي التحرير أن الوجه احلاف الكفيل مع احتمال بعيد (قلت) يريد انه يجوز أن يعلم
الكفيل أن لاحق له على المكفول من قول المكفول أو من قرائن آخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان أخذ منه
المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة
ولعل المراد في عبارة الكتاب ان ذلك عند قيام اليقينة وثباته عند الحاكم أو لعله بناء على الاحتمال
المرجوح وفي (التذكرة) انه لو تعذر احضاره فهل يجب عليه أداء المال من غير يقينة اشكال أقرب به عدم
الوجوب وهو خيرة جامع المقاصد والمسالك والروضة لان الحق لم يثبت بحلفه السابق لانه لا ثبات حق
في الجملة بصحيح الكفالة ويكتفي فيه توجه الدعوى ووجوب الاحضار عليه لا المال نعم لو أقام يمينه به
وأثبته عند الحاكم ألزم به ولم يرجع به على المكفول لاعترافه ببراءة ذمته وانه مظلوم كذا قالوه ولي فيه
تأمل اذ الحلف السابق صيره كفيلا واقما فيجب عليه أداء المال اذا تعذر الاحضار كما هو ظاهر كلام
المبسوط والسرائر والشرائع وغيرها مما لا يذكر فيه ما في التذكرة في موضع منها وظاهرها في موضع آخر
كظاهر المبسوط بل هو أظهر منه ولا سيما اذا حلف على انه يستحق عليه المقدار الذي ادعى فيه أو نحوه ثم انه اذا كان
قد كفل باذنه فانه يرجع عليه سواء اعترف المكفول به أم لا ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني لو تكفل اثنان
برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر ﴾ كما في التحرير والتذكرة والمختلف والايضاح واللمعة

ولو تكفل لاثنتين فسلمه لاحدهما لم يبرأ من الآخر (الثالث) لو ادعى ابراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف وبرأ من الكفالة دون المكفول من المال (متن)

وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية واستحسنه في الشرائع لان المقصود تسليمه وقد حصل حتى لو سلم نفسه أو سلمه اجنبي برأ الكفيل لحصول الترض فاذا سلمه احد الكفيلين اولى وهل يشترط مع ذلك تسليمه عنه وعن شريكه ام يكفي الاطلاق بل تسليمه عن نفسه وجهان وظاهر اطلاق القائلين بهذا القول هو الاجتزاء به مطلقاً وهو متجه كما في المسالك وقد تقدم مثله وهو ما اذا سلم المكفول نفسه ومثله يأتي في وجوب قبول المكفول له وقبضه عن لم يسلم اذا لا يجب عليه قبول الحق ممن ليس عليه أو بدله وقد تقدم مثله وهو ما اذا سلمه اجنبي بدون اذن الكفيل والقول بعدم البراءة للشيخ في المبسوط وابن حمزة في الوسيلة والقاضي فيما حكى عنه لانه لا دليل عليه وقد رماه جماعة كالحقق الثاني والشهيد الثاني بالضعف (قلت) هذه الكفالة اما ان تكون وقعت على الترتيب أو دفعة لان الاصل وظاهر اطلاقهم جواز الامرين وعليهما يكون الشأن فيه كما لو كان بالدين رهنان فاتفك احدهما فانه لم ينفك الآخر كما تقدم في الرهن على بعض الوجوه يقول الشيخ واتباعه ليس بتلك المكانة من الضعف خصوصاً في صورة الترتيب فأمل ولهذا ما اقدم المحقق على المخالفة بل قال لو قيل بالبراءة كان حسناً والمصنف وغيره أتى بالاقرب وتظهر الفائدة فيما اذا هرب بعد تسليم الاول فعلى المشهورين المتأخرين لا حق للمكفول له وعلى قول الشيخ له الرجوع على الكفيل الثاني بقاء حقه عليه **قوله** (ولو تكفل لاثنتين فسلمه لاحدهما لم يبرأ من الآخر) كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك والروضة وجمع البرهان والمفاتيح والحاصل انه لا خلاف فيه لاحد من الخاصة والعامة قالوا لانه بمنزلة عقدين فهو كما لو كفل لكل واحد منهما بافتراده وكما لو ضمن دينين لشخصين فادى احدهما لم يبرأ من دين الآخر (قلت) الاظهر في التنظير انه كالمال المشترك بين اثنين في ذمة آخر فانه لا يبرأ بالدفع لاحد الشريكين الا ان يكون وكلاء عن الآخر في القبض **قوله** (الثالث) لو ادعى ابراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف وبرأ من الكفالة دون المكفول من المال) كما في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وهو مبني على ان القول هنا قول المكفول له مع يمينه كما هو واضح وبه صرح في المبسوط والسرائر والتحرير والتذكرة وهو قضية كلام الباقر وحاصل مرادهم ان الكفيل اذا ادعى أن المكفول له أبرأ المكفول وانكر المكفول له فاقول قوله مع يمينه فاما أن يحلف على بقاء الحق أو يرد اليمين على الكفيل فان حلف برأ من دعوى الكفيل وثبتت الكفالة ثم اذا جاء المكفول فادعى البراءة ايضاً لم يكتف باليمين التي حلفها المكفول له للكفيل بل عليه له بين اخرى لأن هذه دعوى مستقلة مغايرة لتلك فان دعوى الكفيل انما كانت لبراءة نفسه وان لزماً بالآخرة دعوى براءة المكفول وان لم يحلف ورد اليمين على الكفيل وهو الذي ذكره المصنف والاكثر فاذا حلف أي الكفيل برأ من الكفالة ولا يبرأ المكفول من المال لاختلاف الدعويين كما عرفت ولانه لا يبرأ يمين غيره وهذا مما يشهد على أن اليمين المردودة أصل برأسه كما حررناه في باب القضاء وليست كالاقرار ولا كالبينة ولو كانت كاحدهما برأ المكفول نعم لو حلف المكفول

(الرابع) لو ترامت الكفالات صح فان أبرأ الاصيل برؤا أجمع لو قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يدينه أو بوجهه أو برأسه صح اذ قد يعبر به عن الجملة (متن)

اليمين المردودة على الكفيل على البراءة برؤا، مما لسقوط الكفالة بسقوط الحق كما لو اداءه وتصوير ذلك ممكن وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف برؤا مما وان كان قد حلف المستحق أولا للكفيل على عدم البراءة لسقوط الحق يمين المكفول فتسقط الكفالة وهذا معنى ما في التذكرة **قوله** (الرابع) لو ترامت الكفالات صح فان أبرأ الاصيل برؤا أجمع (قد صرح بصحة تراخي الكفالات في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والشرائع والارشاد وجمع البرهان وفي الاربعة الاول انه أن أبرأ الاصيل برؤا جميعا ومعناه أن المكفول له لو أبرأ الكفيل الاصيل اعني الاول برؤا جميعا لزوال الكفالة بسقوط الحق ويروون جميعا لو احضر الاصيل مكفوله لانهم فروعه وكذا لو مات من عليه الحق اعني المكفول الاول وتختلف احكامهم في امور آخر تنسبها (ويان) الترامي انه لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول وان لم يكن مالا صحت كفالة الكفيل من كفيل ثاني لان الكفيل الاول عليه حق للمكفول له وهو احضار المكفول الاول وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل وهكذا وهو المعنى بالترامي وقد تقدم في الضمان والحوالة ورود الترامي والدور فيها ولا كذلك الكفالة فانه لا يصح دورها لان حضور المكفول الاول يوجب براءة من كفله وان تعدد فلا معنى لمطالبته باحضار من كفله (وليعلم) انه يختلف حكم الاحضار فيهم باختلاف حكم البراءة والموت فتى احضر الكفيل الاخير مكفوله برأ من الكفالة خاصة وبقي على مكفوله احضار من كفله وهكذا ولو احضر الكفيل الثاني الكفيل الاول برأ هو ومن بعده من الكفلاء وهكذا وقد عرفت انه لو احضر الكفيل الاول مكفوله برأ الجميع وأما البراءة فقد عرفت انه لو أبرأ المكفول له الكفيل الاول برؤا جميعا ولو أبرأ غيره من كفالاته أي اسقط عنه حق الكفالة برأ من بعده دون من قبله وأما الموت فتى مات واحد منهم برأ من كان فرعا له فموت من عليه الحق يروون جميعا كما عرفت وموت الكفيل الاول يرأ من بعده وهل للمكفول له مطالبة ورثته باحضار المكفول أو اداء ما عليه احتملا لان الظاهر العدم كما تقدم وموت الثاني يرأ الثالث ومن بعده دون من قبله وموت الثالث يرأ من بعده ولا يرأ الاولان **قوله** (لو قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يدينه أو بوجهه أو برأسه صح اذ قد يعبر به عن الجملة) كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد وجمع البرهان بل لا نجد في ذلك مخالفا قبل الشهيد الثاني وظاهر بعضهم كما هو صريح آخرين انه لا فرق بين ان يقول كفله بوجهه وبرأسه أو كفلت وجهه ورأسه لانه يعبر بذلك عن الجملة بل عن الذات عرفا ويراد منه الذات لعدم امكان احضار العضو بدونها فيصدق عليه عقد الكفالة ويندرج تحت أدلتها اذ المستفاد منها صحة الكفالة على سبيل الاجمال لا خصوص صيغة بعينها فكل لفظ دل عليها أما بقرينه عرف أو عدم امكان احضار العضو وحده يصلح لها ويكون المقصود الكل للأصل والطلاق الادلة كما عرفت مع حمل كلام الماقل على الوجه الصحيح دون اللغو ولا سيما اذا صرح الكفيل بذلك أو عرف من حاله فكان الظاهر الصحة كما هو مختار اساطين المذهب ولا أقل من التفصيل بالتصديق وعدمه ولا فرق في ذلك بين المتعارف وغيره ولا بين الاطلاق وجود القرينة لانك ستعرف

أما لو قال كفلت كبده أو غيره مما لم تمكن الحياة بدونه أو ثلثه أو ما شابهه من المشاعة ففي الصحة نظر ينشأ من عدم السريان كالبيع ومن عدم إمكان احضار الجزء الا بالجملة فيسري وكذا لو كان جزءاً يمكن الحيوة مع انفصاله كيدته ورجله (متن)

ان الاطلاق لا ينفك عنها ولا تصنع الى ما ذكره الشهيد الثاني تبعاً لما احتمله المحقق الثاني في القسم الثاني كما ستسمع قال في (المسالك والروضة) ان اطلاق الرأس والوجه على انفسهما خاصة أشهر من اطلاقهما على الجملة وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح مع الشك في حصول الشرط وأصالة البراءة من لوازم العقد غير واضح نعم لو صرح بإرادة الجملة من الجزأين اتجهت الصحة فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة تدل على احدهما فنقد ذلك لا يصلح لتليل الصحة بأنه قد يعبر بذلك عن الجملة قلت الحمل على الوجه المصحح وهو ارادة الجملة من الجزء يوجب انه عاقل فيصان كلامه عن المنكر والفقير وانه عقد فيجب الوفاء به ولا يمكن احضار العضو وحده فكان الاطلاق غير منفك عن القرينة وحينئذ فلا شك في حصول شرط الصحة وهو ارادة الجملة من الجزء فالتعليل صحيح والاطلاق يراد به الجملة وبعد ثبوت كونه عقداً جامعاً لشرط الصحة لا يمكن التمسك بأصل البراءة (وبما ذكر) يعلم الحال في القسم الثاني وهو الاجراء التي لا يعيش بدونها وما في حكمها كما ستسمع ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو قال كفلت كبده أو غيره مما لا تمكن الحيوة بدونه أو ثلثه أو ما شابهه من المشاعة ففي الصحة نظر ينشأ من عدم السريان كالبيع ومن عدم إمكان احضار الجزء الا بالجملة فيسري ﴾ الاقرب الصحة كما في التحرير وهو الوجه كما في التذكرة وجمع البرهان وهو قضيه كلام الشرائع لما عرفته آتفاً من ان كفالة الجزء الذي لا تمكن الحيوة بدونه تنفي الى كفالة المجموع لان احضاره لا يمكن الا باحضار المجموع وقال في (جامع المقاصد) ولقاتل ان يقول ان احضاره وان كان غير ممكن بدون احضار المجموع لا يقتضي الصحة لان الاحضار فرع الكفالة والمطلوب انما هو صحة الكفالة واحضار ذلك العضو وحيث ان صحتها انما تكون بكفالة المجموع ولم يصبح هاهنا اذ التكفل به ليس هو المجموع ولا ما يستلزمه وان كان حكم الكفالة وهو احضار ذلك العضو غير ممكن الا باحضار المجموع والعقود أسباب متلقات من الشرع فلا بد في صحتها من النص مع ان التعبير بذلك عن الجملة غير متعارف انتهى وهذا ما اشرنا اليه آتفاً وتبعه على جميع ذلك صاحب المسالك واستوجه البطلان في كتابه ومثله الشهيد وحواشيه وقد عرفت الحال في ذلك بما لا مزيد عليه (١) من ان المراد كفالة المجموع لانه كناية عنه أو يستلزمه لانه عاقل ولان هذا عقد وان اطلاق نصوص الباب تشمله فالخاطب جميع ما ذكرناه آتفاً ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو كان جزءاً يمكن الحيوة مع انفصاله كيدته ورجله ﴾ اي هذا كالأول فيه وجهان ناشئان من عدم السريان وإمكان الانفصال مع بقاء الحيوة ومن احضار ذلك على صفته لا يكون الا باحضار البدن وعدم الصحة هنا خيرة المبسوط والشرائع والارشاد واللمعة والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة واستحسنه في التحرير ولم يرجح في التذكرة قلت لو قيل بالصحة لم يكن بعيداً ونعم ما قال في المسالك لا يبعد القول

(١) من ان المستفاد من ادلة الكفالة صحتها على سبيل الاجمال لا خصوص صيغة بعينها وان كل لفظ دل عليها ولو بقرينة عدم إمكان احضار العضو وحده يصلح لها ويكون المقصود الكل (منه قدس سره)

لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب الزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر يجب على المكفول الحضور مع الكفيل أن طلبه المكفول له منه والا فلا أن كان متبرعا والا فكالأول (متن)

بالصحة لمن يقول بها فيما سبق انتهى وأما إذا علم من قصده يده إرادة الجلة فالأشبه بأصول المذهب بل الأقوى الصحة خلافا للروضة حيث قال فيها لا يصح وإن قصد بها مجازا **قوله** لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب الزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر مآقريه المصنف هو الذي صححه صاحب جامع المقاصد لأن ذلك مقتضى الكفالة فإنها تقتضي أحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال والأصل بقاء ذلك إلى أن يحصل المبرأ وهو المسقط للحق أو موت المكفول وأن الكفيل وثيقه على الحق كالرهن فإذا تذر استيفاء الحق من جهة من عليه استوفى من الوثيقة ولم له لا ينافي ما سبق له وللتذكرة مما يقضي بأن مقتضى الكفالة إنما هو الإحضار ويجوز الاكتفاء عنه بأداء المال لأنه لا أن يقول إذا رضي بالأداء وجب فتأمل (وأما) الاحتمال الثاني فهو خيرة التذكرة وكذا التحرير على أشكل له فيه لأن الإحضار واجب مع الامكان وإذا غاب غيبة انقطع خبره بها كان إحضاره ممتنا فكان بمنزلة ما لو مات ولان وجوب الإحضار إذا سقط لم يجب المال لأنه لم يتعهد به ووجوبه مع وجوب الإحضار حين امكانه إذا لم يأت به ورضي بالمال لا يقتضي وجوبه بدونه وهذا أشبه بأصول الباب وأخبره أذ ليس فيها تخيير وإنما فيها الأمر بالإحضار وظاهرها أنه مع الامكان العرفي كما تقدم بيان ذلك كله وقد نسبناه إلى الأصحاب من صريح وظاهر وهذا عين الثالث على الظاهر كما ستعرف وضعف بمنع كون إحضاره مع النية المنقطعة ممتنا بل هو أمر ممكن فيجب على الكفيل تتبعه في البلاد أو أداء ما عليه ولا يمتنع ما فيه من الضرر العظيم أو تكليف ما لا يطاق مع فرضه التمتع في الاستدلال لا وجه لذكر الإحضار حينئذ في الكتاب (وأما) الثالث فهو خيرة الإيضاح مستندا إلى أصالة بقاء الكفالة ولا تتناول المال فيتوقع المكنه والا لزم تكليف ما لا يطاق والفرق بين الحرب والنية المنقطعة أن الهارب يعلم موضعه لكنه متى توجه إليه هرب إلى موضع آخر وهكذا فكان بذلك كالتنية المنقطعة هذا وقد ذكر في التذكرة فروعا (منها) أنه لو فرط الكفيل في إحضاره بأن طالبه المكفول له بإحضاره وكان متمكنا منه فهربه أو ما طل بإحضاره حتى غاب غيبة منقطعة فإن أوجبنا المال وجب هنا والا فاشكال ونحوه ما في جامع المقاصد (ومنها) أنه لو كان غائبا حين كفل فالحكم في إحضاره كالأغاب بعد الكفالة ونحوه ما في جامع المقاصد وفي الأخير أنه لو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه أو في حبس ظالم بحيث لا يمكن تخليصه وجب الصبر إلى زمان أمكان إحضاره ولو رجي تخليصه بوجه وجب عليه السعي فيه ولو احتاج إلى بذل مال فاشكال وهذا منه كره على مذهب الإيضاح **قوله** يجب على المكفول الحضور مع الكفيل أن طلبه المكفول له منه والا فلا أن كان متبرعا والا فكالأول يجب على المكفول الحضور إذا طلبه منه المكفول له حيث يجوز له طلبه كأن كانت حالة أو بعد حلول الأجل سواء كان تكفل بأذن المكفول أو ابتداء أي تبرعا كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد أما الأول فواضح وأما الثاني فلأن المكفول له أمره بإحضاره فهو بمنزلة وكيله بمطالبته بالحضور فلا يجوز له الامتناع وليس

لو أسلم الكفيل على الخمر برأ من الكفالة (متن)

ذلك من جهة الكفالة كما وجه ذلك بذلك في التذكرة وجامع المقاصد وعلى الثاني أي حيث يكون قد كفله تبرعا إذا لم يطلب احضاره من الكفيل ولم يقل له أخرج من حقي ولا أخرج من كفالتك ولكن أراد الكفيل المتبرع احضاره لا يجب عليه الحضور لأنه متبرع بالكفالة فلا حق له على المكفول ولا توكيل كما في التحرير وجامع المقاصد وإلى أشار المصنف بقوله والا فلا ان كان متبرعا ومعناه ان لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور لكن يدخل فيه ما اذا لم يطلبه بان لم يقل له احضره لكن قال له اخرج من حقي اذ قضية كلام المصنف انه لا يجب عليه الحضور وهو خيرة التحرير وظاهر كلام ابن المتوج فيما حكاه الشهيد عنه لان ذلك ليس توكيلا في الاحضار اذ هو طلب الحق فلا يجب المتابعة وفي موضع من التذكرة ان الاقرب انه يجب عليه الحضور لان ذلك يتضمن الاذن في احضاره وفقى عنه البعد في جامع المقاصد وفي موضع آخر من التذكرة لا ترجيح (وعلى الاول) أي حيث يكون قد كفله باذنه فانه يجب عليه المتابعة حيث يطلبه الكفيل سواء طلبه منه المكفول أولا كأن لم يطلبه اصلا ولا قال له اخرج حقي أو قال له اخرج حقي ولم يقل له احضره كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو المحكي عن ابن المتوج لانه سلطه على نفسه بالاذن في الكفالة بل في جامع المقاصد انه قطعي وإلى أشار المصنف بقوله والا فكالاول اذ معناه انه ان لم يكن متبرعا بل كانت الكفالة بالاذن فكالاول يعني ما اذا طلب المكفول له من الكفيل احضار المكفول فانه يجب عليه المتابعة كما عرفت وعلى كل حال حيث يجب عليه الاحضار فمؤته أي الاحضار عليه أي الكفيل كما نص عليه في التذكرة (قلت) ان كان كفله باذنه فالظاهر انه يرجع عليه بها في بعض الوجوه والا فلا ولو ادى المال في شيء من هذه المواضع فان كان متبرعا بادائه لم يرجع قطعاً وان كان قد كفله باذنه واذا ادى مع تعذر احضاره ومطالبة المكفول له وتضييقه عليه فله الرجوع عليه قطعاً مع اذنه في الكفالة والظاهر منهم ذلك ايضا مع التبرع كما هو صريح الكتاب فيما يأتي والتذكرة وجامع المقاصد لانه ادى دينه باذن شرعي فيستحق الرجوع ولا يخلو عن تأمل وقد نسب في المسالك الى ظاهرهم واذا تمكن من الاحضار وادى المال فالاقرب انه لا يرجع لان الواجب الاحضار مع الامكان وقد امكن فيكون متبرعا في ادائه المال سواء حبس مع ذلك ام لا كما في التذكرة والمسالك وكذا جامع المقاصد وقد تقدم بيان ذلك كله مفصلاً  قوله  ﴿ لو أسلم الكفيل على الخمر برأ من الكفالة ﴾ كما في التذكرة والتحرير ومعناه انه اذا كان لذي على ذمي خمر وكفله ذمي آخر ثم أسلم الكفيل فانه يبرأ من الكفالة لامتناع كون المسلم كفيلا بالخمر فبطل الكفالة ويبقى الحق بين الذمين كما كان وظاهر التذكرة انه لا يخالف فيه أيضاً من العامة وقد استضعفه جدا في جامع المقاصد لان الكفالة ليست بالخمر بل بمن عليه الخمر وهو حق بالنسبة الى الذمين ولهذا يمنع المسلم من التعرض اليه ويضمن قيمته لو اتلفه مع عدم التظاهر قال بل قد بالغ السيد القاضل عميد الدين فجوز كفالة المسلم للذمي اذا كان في ذمته خمر أو خنزير لذي آخر محتجا بأن الكفالة ليست بالمال بل بالنفس مع ثبوت الحق للمكفول له في ذمة الكفيل وهو هنا كذلك ولا شبهة في وجوب الحضور على المدين هنا الى مجلس الحكم لو طلبه المستحق فلا مانع من صحة الكفالة اصلا قال وما ذكره حسن وجعل الاشكال في كلام المصنف

ولو أسلم أحد الغريمين برأ الكفيل والمكفول على اشكال (متن)

متأولا للمسئلة وانت خير بان مقتضى الكفالة الاحضار فان امتنع من احضاره حبس حتى يحضره أو يؤدي ما عليه وكذا لو امتنع عليه احضاره على رأي قاته يلزم بالمال ومن المعلوم أن الحر مثله فالزام المسلم بها وان يأتي بمثلها لقيمتها ومن المعلوم أن الحر لا يجب على المسلم ولا على الكافر لانه يمتنع في شرع الاسلام الحكم باستحقاق الحر فماد الامر بالآخرة الى كون المسلم كفيلا بالحر كما قالوه فلا وجه لقوله أن الكفالة ليست بالحر وما استضعفه قوي جدا ان لم يكن متعينا وما استحسنه غير سديد وان ذهب اليه الفاضل السيد العميد مضافا الى مخالفة الاعتبار مع الظاهر في الامر وهو حبس المسلم لاجل كأمس لدمي من خمر لا هم متى تظاهروا بالحر زال احترامها (فان قلت) لا يلزم من الحكم باستحقاقها اظهارها (قلنا) الحكم باستحقاقها ينجر الى الاظهار لانه يجب حتى يؤدي وذلك مناف للاستتار كما ذكر ذلك كله في غصب جامع المقاصد فيما اذا اتلف الكافر لمثله خمرًا قاته قال يجب عليه القيمة دون المثل مستندا الى ما ذكرنا وبذلك تفارق الكفالة الاتلاف الذي استندا اليه قاته يضمن قيمتها سرا وليس للكافر المطالبة بها وانما يطالبه الحاكم ولا يتأني مثل ذلك في الكفالة هذا أن قلنا بضمان المسلم لما اذا اتلفها من غير المتجاهر وان قلنا بالعدم فالامر واضح **قوله** ﴿ولو أسلم أحد الغريمين برأ الكفيل والمكفول على اشكال﴾ يريد انه لو أسلم أحد الذميين المكفول له أو المكفول به في الفرض المذكور أنفا برأ الكفيل والمكفول كما جزم بذلك في التحرير والتذكرة لان الحر لا يجب على المسلم اذا كان هو المكفول ويمتنع استحقاقه اياها اذا كان المكفول فيرون جيبا (قلت) كما لو اقتضى ذمي من مثله خمرًا ثم أسلم احدهما قاته يسقط القرض كما جزم بذلك ايضا المصنف من دون اشكال في الفرع العاشر من باب القرض من الكتاب وفي (التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد) مستندين الى انه لا يجب على المسلم اداء الحر ولا قيمته لانه من ذوات الامثال وقالوا في باب السلم فيما اذا أسلم كافر الى كافر في خمر فأسلم احدهما قبل القبض انه يحتمل بطلان السلم وهو خيرة الكتاب وجامع المقاصد هناك والسقوط لا الى بدل والمصنف هنا استشكل ومثله ولده في الايضاح حيث لم يرجع عما ذكر ومن أن الواجب بالنسبة الى المسلم القيمة عند مستحليه والاصل بقاء الكفالة لسكهم قالوا فيما اذا عقد الذميان على الحر ثم أسلما أو أسلم احدهما أن المهر ينتقل الى القيمة واستندوا الى أن التعذر الشرعي كالتعذر الحسي وجماعة قالوا بالفساد وانه ينتقل الى مهر المثل وقال الاكثر على ما قيل لو كاتب الذمي عبده على خمر ولم يقبضه انه ينتقل الى قيمة الخمر وانه لا يلزمه قيمة نفسه ولا تبطل وجماعة قالوا بالبطلان (وقد يجاب) عن الكتابة بأنها من قبيل العتق المبني على التغليب والمساخة فيه وكذا النكاح لان فيه شبهة بالعبادة واعلم أن الكلام انما هو في الحر وأما الخنزير في هذه الابواب قاته ينتقل الى قيمته لانه قيمي ومدار الامر في نحو المسئلة ان تعذر المثل هل بتعذره في ذلك القطر أو بتعذره ولو بحكم الشرع والظاهر ان تعذر القيمي كالخنزير شرعا يقوم عندهم مقام التعذر الحسي وتوجيه الفرق ممكن الا على القول بأن القيمي يجب مثله أولا ثم ينتقل الى قيمته وحقق في جامع المقاصد تحقيقا نسبة في التذكرة الى أبي حنيفة وقال المصنف فيها أي التذكرة انه غلط وهو انه ان كان المسلم هو مستحق الحر سقطت الحر وقيمتها لا امتناع ملكها له والاصل براءة ذمة الذمي من وجوب قيمتها وحيث كان المانع منه انتهى استحقاقه

لو خيف على السفينة الفرق فآلتي بعض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به على أحد وإن قصد الرجوع به أو قال له بعضهم الله فآلقاه . (متن)

القيمة وإن كان المسلم هو من طيه الحر كان عليه القيمة لأنه بإسلامه منع الحر المستحق في ذمته للمسلم مستتر فيجب الانتقال للقيمة وهذا الفصل هنا التفصيل في القرض والسلم مع أنه لا فرق كما نص عليه الشهيد في حواشيه وقد قال في (جامع المقاصد) في باب السلف أن تخيل أنه بإسلامه منع الحر المستحق فكان بمنزلة اتلافها ليس بشيء لأنه لم ي تلف شيئاً ولا تسبب في الاتلاف فالحق هنا قال هناك أنه ليس بشيء وقد نبهنا في باب القرض على اختلاف رأيه في الأبواب الثلاثة وعلى تقدير صحة ما قاله في جامع المقاصد من الانتقال إلى القيمة هل يبرأ الكفيل أولاً لا يحتمل الأول لأنه إنما كفل على حق حاضر وقد زال ووجب غيره ولا كفالة على المتجدد والثاني لأن الكفالة على الاحضار وهو هنا أقوى لأن إيجاب القيمة أقوى من وجوب الحر ﴿قوله﴾ ﴿لو خيف على السفينة الفرق فآلتي بعض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به على أحد وإن قصد الرجوع به أو قال له بعضهم الله فآلقاه﴾ هذه المسئلة قد تذكر في باب الضمان وفي باب الكفالة وفي باب الديات وقد استوفينا الكلام فيها وفي أطرافها في باب الديات وكيف كان فالمستفاد من كلامهم في المسئلة في الأبواب الثلاثة أن السفينة إذا أشرفت على الفرق جاز إلقاء بعض أمتعتها في البحر وقد يجبر رجاء النجاة الراكين إذا خيف عليهم فيجب إلقاء ما لا روح له وإن علت قيمته لنجاة ذي الروح ولا يجب إلقاء الحيوان إذا حصل القرض بغيره وإذا مست الحاجة إلى إلقاء الحيوان قدمت الدواب لبقاء بني آدم ولا فرق بين العبيد والحرار فلا يقدم العبد على الحر ولعلمهم يريدون بني آدم ما كان معصوم المم كالمسلم والذمي والمعاهد لا المرتد والزاني المحصن والحربي واللائط فهذه تقدم على الدواب إلا الكلب العقور والحنزير والفواشق الخمس فإنه يتخير كما نبهوا على ذلك في باب التيسم والاطعمة وقال الحق الثاني إذا قطع بفرق السفينة وهلاك بعض أهلها وبسلامتها لو ألقى المال في البحر ففي وجوب الإلقاء لا فائدة النجاة من الهلاك أشكال انتهى ونحو ذلك ما في الخلاف والسرائر في مثله من أنه لو اضطر إلى طعام النير يعني لحفظ نفسه لم يجب على النير إعطاؤه لأن الأصل براءة القمة وإيجاب ذلك يحتاج إلى دليل وفي (التحرير والكتاب) فيما يأتي لو امتنع المالك من بذله بالأكثر من ثمنه حل للمضطر قتله وكان دم المالك هدراً ودم المضطر مضموناً ونحو ذلك ما في المبسوط من أن المضطر أولى من المالك بطعامه وحكى ذلك عن غير المبسوط وظاهرهم في باب القطة الإطباق على ذلك ولا دليل لهم إلا قوله صلى الله عليه وآله وسلم من أعان على قتل مسلم ولو بشرط كلمة جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله تعالى فانظر إلى هذا الاختلاف ولعل التفصيل بالطلب وعدمه أولى كما سنسبع وإذا قصر من لزمه الإلقاء فعليه الأثم دون الضمان كما لو لم يطعم صاحب الطعام المضطر حتى هلك إذا لم يطلب المضطر منه وكذا كل من رأى إنساناً في مهلكة فلم ينجها منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه نعم لو اضطر إلى طعام غيره أو شرابه فطلبه منه فمنعه إياه مع غنائه في تلك الحال فمات ضمن المطلوب منه لأنه باضطرابه إليه صار أحق من المالك ولو أخذه قهراً فمنعه إياه عند طلبه سبب لهلاكه كما نص عليه في التحرير (وقد يقال) أن الطالب نوعان طالب بلسان حاله وآخر طالب بمقاله وقد قالوا في باب الزكوة والخمس أن الفقراء طالبون بلسان الحال فإذا ألقى متاع نفسه أو متاع غيره بأذنه

أما لو قال له الله وعلي ضمانه فألقاه ففعل القاتل الضمان للحاجة (متن)

رجاء السلامة فلا ضمان على أحد ولو ألقى متاع غيره بنير اذنه وجب عليه الضمان لأنه ألقاه بنير اذنه من دون أن يلجأ إلى الاتلاف فكان كما إذا أكل المضطر طعام الغير وليس كما إذا صال عليه البعير المغتم فقتله دفعا عن نفسه لأنه هنا ألقاه إلى الاتلاف (ويبقى) سؤال الفرق بين ما إذا ألقى متاع نفسه لتخليص غيره من الفرق فانه حينئذ لا ضمان على أحد وبين طعام المضطر وإيجار الطعام في حلقه فانه يرجع عليه بقيته إذا كان ذا مال (وجوابه) أن الملقى للمناع نفسه أن يشمله الخوف فهو ساع في تأدية واجب وهو تخليص نفسه وإن حصل بذلك تخليص غيره فلا يرجع على غيره ولا كذلك صاحب الطعام مع المضطر للأذن من الشارع حيث أوجبه وهو مقتضى الرجوع وإن لم يشمله الخوف فالفرق أن الطعام مخلص لا محالة وملقى المتاع غير دافع لخطر الفرق لأنه يحتمل أن يفرق وأن لا يفرق فكان الأول كشرب الخمر لدفع العطش والثاني كشربها للتداوي وأما حيث يقطع بعدم الفرق إذا ألقى فقد يفرق بالمباشرة في المضطر وعدمها في أصحاب السفينة أو يقال أنهم يلتزمون ذلك في ذلك فليأمل جيدا (إذا قرر) ذلك فمد إلى عبارة الكتاب أما الأول فظاهر وأما الثاني وهو الحكم بعدم الضمان فيما إذا قال له بعضهم الله فألقاه من دون أن يقول وعلي ضمانه فقد صرح به في ديات المبسوط والشرائع والتحرير والمسالك وكشف اللثام وكفالة التذكرة وجامع المقاصد للأصل وهو كما لو قال اعتق عبدك فأعتقه أو طلق زوجتك فطلقها والفرق بينه وبين قوله أد ديني فأداه أو اضمن عني فضمن عنه حيث يرجع عليه أن أدى أو ضمن وأدى أنه لا أدى أو ضمن وأدى فقد وصل إليه النفع ولا كذلك القاء المتاع فانه قد يفضي إلى النجاة وقد لا يفضي فلا يضمن إلا مع التصريح ولعل الأصل فيه أن الضمان على خلاف الأصل وهذا النوع منه على خلاف الأصل في الضمان لأنه ضمان ما لم يجب فيقتصر على المتيقن وقوله أد عني وضمن عني قد تضمن وكافة في الاستقراض والإداء ولا كذلك ما نحن فيه

قوله ﴿أما لو قال له الله وعلي ضمانه فألقاه ففعل القاتل الضمان للحاجة﴾ كما صرح به في الشرائع وغيرها بل في الخلاف أن عليه إجماع الأمة وخلاف أبي ثور شاذلا يعتد به وهو معنى قوله في المبسوط أن لا خلاف فيه إلا من أبي ثور فكان كما لو قال اطلق هذا الإسر ولك علي كذا واعتق عبدك عني على كذا وعن (الخلاف) أن عليه إجماع الأمة وقد يلوح من ضمان التحرير التأمل في ذلك لأنه خارج عن الأصل لأنه ضمان ما لم يجب وفي (ضمان التذكرة وكفالة جامع المقاصد) لو قلنا أنه جملة خلصنا من الإلزام (وليعلم) أن الضمان إنما يجب على الملتمس بشرطين (أحدهما) أن يكون اللئيم عند خوف الفرق كما ستعرف (الثاني) أن لا تختص فائدة الإلقاء بصاحب المتاع كما ستسمع أيضا فلو اختصت به بطل ولم يحمل له أخذه لأنه فعل ما هو واجب لمصلحته كما لو قال للمضطر كل طعامك وأنا ضامن فأكل فانه لا يرجع على الملتمس ومن هنا يعلم أن فائدة التخصيص بإلقاء المتاع تفرض على وجوه خمسة (الأول) أن تختص بصاحب المتاع (الثاني) أن تختص بالملتمس فيجب الضمان (الثالث) أن تختص بغيرهما فيجب الضمان لأنه غرض صحيح في محل الحاجة (الرابع) أن نعم صاحب المتاع وغيره فيجب الضمان مع احتمال تقسيط المال على مالكه وسائر من فيها فيسقط قسط المالك ويجب الباقي فلو كان معه واحد وجب نصف الضمان (الخامس) أن يكون في الإلقاء تخليص الملتمس وغيره فيجبي الاحتمال

ولو قال علي وعلى ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا فان قال أردت التساوي لزمه قدر نصيبه ولو قال
وعلي ضمانه وعلى الركبان فقد أذنوا لي فأنكروا بعد الإبقاء ضمن الجميع بعد اليقين على (متن)

في سقوط حصة المالك هذا وقية الملقى إنما تعتبر حين الالتقاء لانه وقت الضمان ويحتمل اعتبارها قبل
هيجان الامواج اذ المال لا قيمة له في تلك الحال **قوله** ولو قال علي وعلى ركبان السفينة
ضمانه فامتنعوا فان قال أردت التساوي لزمه قدر نصيبه وقال في باب الديات من الكتاب ولو قال
حالة الخوف الق متاعك وعلي ضمانه مع ركبان السفينة فامتنعوا فان قال أردت التساوي قبل ولزمه
بحصته وأما الركبان فان رضوا ضمنوا والا فلا وقالوا في باب الديات الضمان على ضربين ضمان اشتراك
وضمان انفراد واشتراك مع ضمان الاشتراك كأن يكون لرجل على رجل ألف فقال عشرة أشخاص
ضمانا لك الألف التي على فلان فيكون جميعهم ضمنا وكل واحد منهم ضامن عشر الألف فله أن يطالبهم
جميعا بالألف وأن يطالب كل واحد بمشرا الألف كما لو وكلهم في بيع عبدا وأوصى اليهم في بيع تركته وضمان
الاشتراك والانفراد مثل أن يقول ضمنا لك وكل واحد الألف التي لك على فلان فيكون الجميع ضامين
لكلها وكل واحد ضامن لكلها فان قال واحد من العشرة ضمنت لك أنا وأصحابي مائة على فلان
وسكت ولم يكونوا قد وكلوا بذلك ضمن عشر الألف لانه لم يضمن الكل وإنما ضمن بالحصة هذا فان
كان ضمان الالتقاء في البحر ضمان الاشتراك ضمن كل واحد ما يخصه وان كان ضمان اشتراك وانفراد
ضمن كل واحد منهم كل المتاع وان كان قد قال الله على أي وركبان السفينة ضامنون فسكتوا ضمن
بالحصة وان قال علي أني وكل واحد منهم ضامن ضمن الكل نص على ذلك كله في المبسوط وهو يتأني على
مذهب ابن حمزة في باب الضمان حيث قسمه الى ضمان انفراد وضمان اشتراك والمتأخرون على خلافه كما
حررناه في باب الضمان ولعلنا نبيزه في المقام ونخالف القواعد لمكان الضرورة كما خالفنا في أصل المسئلة ومن
نص على جوازه في المقام خير الشيخ في المبسوط المصنف في التحرير والتذكرة ثم عد الى عبارة الكتاب فقوله
ولو قال الى آخره يريد به انه قال ذلك حالة الخوف وقوله فامتنعوا يريد به انهم امتنعوا من الضمان قبل الالتقاء
أو بعده بان ردوا صريحا وقوله أردت التساوي يراد به ضمان الاشتراك على ان يكون هو كاحد هم فيما
يصيبه من المال بعد التوزيع (وقد يقال) ان هذا اللفظ ظاهر في الاشتراك كما صرح به في المبسوط فلو مات
ولم يقل أردت التساوي حملناه عليه الا ان نقول ان هذا اللفظ مطلق عرفا كما هو ظاهر المحقق والمصنف
وغيرهما أو صريحهم أعني ما اذا قال وعلي ضمانه مع ركبان السفينة أو أنا وركبان السفينة ضامنون
والصريح في التقسيط ان يردفه بقوله كل واحد بالحصة كأن يقول وعلي ضمانه مع ركبان السفينة كل
واحد بالحصة كما ان صريح الاشتراك والانفراد ان يقول اني وكلا من الركبان ضامنون وأما قوله في
باب الديات اذا رضوا ضمنوا فعناه انهم اذا أجازوا ذلك العقد الفضولي بالقول كان لازما وأما قوله
والا فلا فلا أصل بمعنييه وانه لا يلزم بالفضولي شيء اذا تعبه الرد الصريح وفي (جامع المقاصد) وكذا
التذكرة انه يكفي في الرد السكوت فان السكوت اعم من الرضا (قلت) وفيه تأمل وكيف كان فما في
الكتاب خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والمسالك كما بينا ذلك كله في باب الديات **قوله**
ولو قال علي وعلى الركبان فقد أذنوا لي فأنكروا بعد الإبقاء ضمن الجميع بعد اليقين على

اشكال ينشأ من استناد التفريط الى المالك ولو لم يكن خوف فالاقرب بطلان الضمان وكذا مرق ثوبك وعلي الضمان أو اخرج نفسك وعلي ضمانه بخلاف طلق زوجتك وعلي كذا (متن)

اشكال ينشأ من استناد التفريط الى المالك **﴿** وقال في باب الديات فن قال قد اذنوا لي فانكروا بعد الالقاء حلفوا وضمن هو الجميع من دون اشكال وهو خيرة الشرائع والتحرير وهو يتم بنفي اشكال مع ارادة ضمان كل واحد الجميع وعلي تقدير ضمان الاشتراك وهو التحاص يكون الوجه فيه انه غر المالك بكذبه (وفيه) انا نمنع القروور هنا اذ لعله صادق فيما أخبر به عنهم والحياة من قبلهم في الانكار وترك الاشهاد والسؤال منهم مستند الى تقصير المالك مضافا الى أصل البراءة فلا يضمن الا حصته كما هو خيرة كفالة الايضاح وجامع المقاصد وكذلك المسالك وكشف اللثام وقد استشكل المصنف هنا وفي كفالة التذكرة مما ذكر من انه مقرر فيرجع على من غره ومن استناد التفريط الى المالك حيث القى متاعه قبل الاستيثاق وفي (المبسوط) انه يضمن ديونهم وهو يحتمل الأمرين ضمان الجميع والضمان بالحصصة وتفيد الانكار بكونه بعد الالقاء لانه لا يضمن لو كان قبله سوى حصته لان التفريط حينئذ من المالك حيث لم يستوثق ولو ثبت أنهم لم يأذنوا له بالينة وان عسر ذلك لانها شهادة على النفي أو باقراؤه فالظاهر انه يضمن لانه قد غر المالك وبقي هنا شيء وهو ان المتاع الملقى لا يخرج عن ملك مالكة فلو لفظه البحر على الساحل واتفق الظفر به فهو لملكه ويسترد الضامن المبطل ان لم تنقص قيمة المتاع ولو قصصت لزمه من المبطل بنسبة النقص وهل للمالك ان يسلك ما أخذ ويرد به فيه وجبان تقدم منلهما في المنصوب اذا رد الناصب بدله لتعذر العين ثم وجدت وأولى بلزوم المعاوضة هنا **﴿** قوله **﴿** ولو لم يكن خوف فالاقرب بطلان الضمان **﴿** كما في ديات الشرائع والتحرير والكتاب وكفالة التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وبه جزم في ديات المبسوط والايضاح وهو المحكي عن المذهب وفي (المبسوط) لا خلاف في علم الضمان وقد بينا الحال في عبارة المبسوط في باب الديات ووجهه ان هذا الضمان على خلاف الاصل والاصل براءة الذمة ولا فائدة فيه تركنا العمل بالاصلين مع الخوف للفائدة والمصلحة فيبقى الباقي فكان هو المقرط في اتلاف ماله لان المرفوض كما له بالبلوغ والعقل لكنه قال في الايضاح ان المراد انه خلا عن الخوف ولم يخل عن الفائدة بل ذكر فيه فائدة وهي ان تخلف السفينة أو غير ذلك من القوائد لانه لو خلى عن الفائدة بالكلية لم يصح قطعاً ونحوه ما في جامع المقاصد (قلت) ويؤيده مع موافقته للاعتبار في الجملة انه في المبسوط نفى الخلاف عن علم الضمان فيما اذا قال مرق ثوبك وعلي ضمانه وما ذاك الا لخلوه عن الفائدة بالكلية لكنه ذكر هذا المثال بعده في المبسوط والشرائع والتحرير والكتاب قد يرشد الى انه مثله في الخلو عن الفائدة بالكلية وبه صرح في المسالك وليس ذلك كله بشيء ووجه احتمال الضمان عموم الامر بالوفاء بالعقود والمؤمنون عند شروطهم ولا يخص هنا على انه قد غره بذلك ولأنه قد يحصل الانتفاع بخفض السفينة كما في جامع المقاصد ثم قال وليس بشيء **﴿** قوله **﴿** وكذا مرق ثوبك وعلي الضمان أو اخرج نفسك وعلي ضمانه **﴿** قد سمعت ما في المبسوط من نفي الخلاف عن علم الضمان ومثل هذين أهمل دارك وعلي ضمانها **﴿** قوله **﴿** بخلاف طلق زوجتك وعلي كذا **﴿** فانه يصح ذلك جملة اذا أتى بالمجمل عليه ودليل الصحة انه عمل مقصود محلل وربما كان علما بالتحريم بينهما فطلب التفرقة

الأقرب انتقال حق الكفالة إلى الوارث ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحالة وغيرها بدأ الكفيل وكذا لو أحال المكفول المستحق لأنه كالتقضاء لو أدى الكفيل لتعذر احضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أداه عنه سواء كفل بأذنه أولاً ولو ظهر بعد الأداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له ﴿ المقصد الخامس في الصلح ﴾ وفيه فصول ثلاثة (الاول) (متن)

بالعوض ولا كذلك لو بذل له تبرعاً مالا من ماله ليخلها لأن المقصود من البذل جعل الواقع خلعاً لتترتب عليه أحكامه المخصوصة لا مجرد بذل المال في مقابلة الفعل بخلاف الجمالة فإن غرضه وقوع الطلاق بان يقول طلقها وعلي ألف ولا مانع من صحته ولا يشترط في إجابته الفورية والمقارنة لسؤاله بخلاف الخلع ومثل ما نحن فيه ما إذا قل اعتق عبدك وعلي كذا إذ لعله طلب الثواب في العتق (باب العتق خ ل) أو علم كون العبد حراً ولو خلى في هذين عن الفائدة لم يكن مقصوداً للعتق ﴿ قوله ﴾ ﴿ الأقرب انتقال حق الكفالة إلى الوارث ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحالة وغيرها بدأ الكفيل وكذا لو أحال المكفول المستحق لأنه كالتقضاء ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله وأعادته للفرق بين انتقال الحق من الموروث إلى الوارث وبين انتقال الحق من المستحق إلى غيره ببيع ونحوه فإن الكفالة لا تنتقل حينئذ بخلاف الإرث فإنه يقتضي نقل كل حق للموروث فينتقل الدين وما يتعلق به (والحاصل) أن مورد الإرث عام في المال وحقوقه ومورد المعاوضة ما وقع عليه العقد وقد نص عليه في التذكرة والخواشي وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو أدى الكفيل لتعذر احضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أداه عنه سواء كفل بأذنه أولاً ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وفي (المسالك) نسبته إلى ظاهره وذلك إذا طالبه المكفول وضيق عليه بحيث يكون واجباً عليه وقد تقدم الكلام في ذلك في موضعين ولنا فيه نظر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ظهر بعد الأداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له ﴾ كما في التذكرة ووجه ظاهر (فروع) الأول لو مات المحال عليه الموصر ولم يترك شيئاً برأ الكفيل وسقط دين المحال (الثاني) لو قال أعط فلانا كذا لم يكن كفيلاً ولا يلزمه شيء وإن كان خليطاً نص عليه في التحرير (الثالث) لو قال رجل لآخر أعط فلانا غني كذا كان كفيلاً صرح به في التحرير أيضاً وهذا فرع تمس الحاجة إليه كثيراً كما إذا غضب الظالم على رجل وأراد منه مالا ليفكه من حبسه وأمره وظلمه أو نحوه ذلك فقال لآخر أدعني أو أضمن غني فإنه يكون كفيلاً لأنه أوقعه في يد غريمه أو ظلمه بالتماسه وله نظائر فكان هذا ومن خص غريباً من يد صاحبه قسمين من أقسام الكفالة (الرابع) عقد الكفالة يصح دخول الخيار فيه مدة معينة لقوله جل شأنه أو فوا بالعقد وقوله صلى الله عليه وآله وسلم المؤمنون عند شروطهم نص عليه في التذكرة وحكى عن الشافعي بطلان العقد وعن أبي حنيفة بطلان الشرط قطع (الخامس) إذا قال رجل لرجل إن فلانا قد لازم فلانا وضيق عليه فاذهب فتكفل به فتكفل كما أمره غير مكره كانت الكفالة على من باشر العقد دون الأمر نص عليه في المبسوط

الصلح عقد جائز سائر شرع لقطع التجاذب (متن)

المقصد الخامس في الصلح وفيه فصول ثلاثة الاول

قوله ﴿الصلح عقد جائز سائر شرع لقطع التجاذب﴾ أجمعت الامت على جواز الصلح في الجملة ولم يقع بين العلماء خلاف فيه كما في التذكرة والمهذب البارع وعليه اجماع المسلمين كافي المبسوط والسرائر واجماع العلماء كافة كما في التحرير وقد نقل عليه اجماعنا في عدة مواضع ونفى عنه الخلاف بيننا كذلك وقد طففت بهذا التعريف كبهم كالوسيلة والشرائع والنافع والتحرير والتفويض وغيرها وقضية اشتراطه بسبق الخصومة لان القاطع للتجاذب مسبق به وقد اطبقوا على أنه لا يشترط في صحته سبقا أي الخصومة كما صرحت بذلك عباراتهم بل ظاهر التذكرة والمسالك والمفاتيح الاجماع عليه وفي (الكفاية) أنه لا يعرف فيه خلافا وفي (جمع البرهان) ان دليله الاجماع المفهوم من التذكرة وقبل ذلك ادعى هوأي الاردبيلي الاجماع منهم على ذلك وطريق الجمع أن يقال ان أصل شرعيته لذلك أي قطع النزاع والتعريف مبني على ذلك ولا يلزم من ذلك ثبوته في كل فرد من أفراد اذ القواعد الحكيمة لا يجب اطرادها كما قيل في قوله جل شأنه أعدت للمتقين وأعدت للكافرين فإنه لا ينافي دخول غير المتقين الجنة والعاصي غير الكافر النار وكما هو الشأن في مشروعية العدة فإنها علقت باستبراء الرحم وأطردت فيمن طلق زوجته المدخول بها أو مات عنها بعد مفارقتها لها سنين عديدة وكما في غسل الجمعة وكما في الفسخ بالعيب لانه مظنة قصان القيمة وكما في القصر للمشقة في السفر (وعساك تقول) ان السفر المخصوص بمظنة المشقة والقصر تابع له بخلاف الصلح فان الحكم لا يتعلق بما هو مظنة التجاذب بل أجريتموه فيما لا تعلق له بالمنازعة أصلا (لأننا نقول) انها مناقشة في نظير واحد ثم ان الادلة الدالة على ثبوته على نحوين (احدهما) مادل على انه موضوع لقطع النزاع من دون ان يدل على انحصاره فيه كقول جل شأنه (وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يتصالحا) فإنه يدل على رفع المنازعة المتوقعة وكذلك بعض الاخبار وقوله تعالى واصلحوا بينهما ونحو ذلك فإنه يدل على رفع السابقة (والثاني) ما دل بإطلاقه على جوازه مطلقا كلاجاعات والنبوي وحسنة البخري أو صحبته اذ فيها أي الخبرين الصلح جائز بين المسلمين فيجوز أن يكون أصل شرعيته لقطع النزاع مع عدم انحصاره فيه كما دل عليه بقية الادلة سلمنا انها لا تساعد لمكان لفظ الصلح المشر أو الظاهر في الخصومة لكننا نقول حيث ثبتت شرعيته لنقل الملك مع الخصومة ثبت مطلقا اذ لاصل عدم كون الخصومة شرطا له مع عدم القائل منا بالفصل على انه تعريف غير متلقى من الشارع فليس بحقيقة شرعية فيجوز أن يكون تعريفا للمتنق عليه بين المسلمين ويظهر من فخر الاسلام كما هو صريح الفاضل المقداد والقطيبي الجواب بانهم اشاروا بهذا التعريف الى ان النرض الاقصى منه غالبا رفع الخصومة سواء تقدمت ام لا حيث يقدر انه لولاه لحصلت كالصلح على المين المجهولة للمتصلحين فان النزاع يحصل غالبا لولا عقد الصلح ومنسجم ما في التحرير والحواشي وكيف كان فهنا فوائد (الاولى) قال المصنف في التحرير والشهيد في الحواشي الصلح على انواع صلح بين المسلمين واهل الحرب و صلح بين اهل العدل والبني و صلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق وسيأتي و صلح بين الخصمين في الاموال وهذا

الاما أحل حراما أو حرم حلالا (متن)

الباب معقود له انتهى كلامهما وقضيته انه لا يصح الاستدلال عليه في المقام بآية الشقاق ونحوها كما في التذكرة وغيرها فتأمل (الثانية) قال في المذهب البارع ثبت فيه خيار الشرط اجماعا (قلت) قد فقه عنه الشيخ في المبسوط لكن المشهور بثبوته فيه كما تقدم في البيع وفي (التحرير وجامع المقاصد) انه لا يجري في الصلح الذي ينفذ الابراء وقال في (المذهب البارع) انه لا يثبت فيه خيار الغبن ولا المجلس وقد يظهر ذلك أي عدم ثبوت خيار الغبن فيه من الوسيلة والتحرير وغيرها واما عدم جريان خيار المجلس فيه فهلا ريب فيه واستشكل في المختصر في ثبوت خيار الغبن فيه ثم استظهر عدمه وقال (فخر الاسلام والشهد في الدروس) وانتقاد والتعطيف والصيمري انه يثبت فيه خيار الغبن كما سلف في باب البيع ولعل الاولى ان يقال ان وقع على معاوضة دخله خيار الشرط وان وقع على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يثبت فيه خيار الشرط لانه شرع لقطع المنازعة واشتراط التأخير يعود بالخصومة فكان منافيا لمشروعيته فتأمل جيدا بل قد يقال بعدم دخوله اذا وقع على ابراء ما في الذمم مع جهالة وكذلك الحال في خيار المؤامرة واما خيار الغبن فان وقع الصلح على معاوضة ثبت فيه خيار الغبن بل لو شرط سقوطه بطل العقد والشرط على احتمال كما قال بكل جماعة في البيع وان وقع على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقيقة ما يدعيه وكان مغبونا فيما صالح عنه فلا خيار وكذا ان وقع على ما في الذمم وكان مجهولا ثم علم بعد عقد الصلح وظهر غبن احدهما على تأمل وان فصل هذا التفصيل ابو المباس والصيمري لان مداره على الضرر وعدمه والعموم قضية اطلاق الدروس (الثالثة) الظاهر انه اذا وقع على معاوضة يثبت فيه خيار الرؤية والعيب وخيار التأخير وما يفسده الميث لكان الضرر الا ان يقول ان خيار التأخير خاص بالبائع والبيع لمكان الخبر الخاص كما قال جماعة وذلك لا يقضي بتفنيه فيما يفسده الميث وان كان من سنخه لان المدار فيه وفي العيب والرؤية على الضرر (والحاصل) ان اخبار الصلح انما تدل على جوازه ومشروعيته وعموم اوفوا بالعقود وان قضى بالزوم لكنه مخصوص بخبر الضرر المجمع عليه فكان المدار على الضرر بل قد يقال كما قيل في البيع انه لو شرط سقوط خيار الرؤية بطل العقد وحيث يجوز الفسخ للعيب ولا (١) ارش هنا مع احتماله كما في الدروس (الرابعة) قال فخر الاسلام الصلح صالح لنقل الاعيان ونقل المنافع وبراء الذمة ولجرد قطع المنازعة وهذا من خصايصه وليس في العقود ما يجمع ذلك كله (قلت) ومن خصايصه انه يصح مع جهالة مخصوصة كما سيأتي ويأتي الكلام في افادته مجرد قطع المنازعة (الخامسة) الذي يختاره جريان المعاوضة فيه كما تقدم بيانه في باب البيع قوله ﴿الاما أحل حراما أو حرم حلالا﴾ هذا هو الحديث النبوي المروي في القتيبة مرسلا وقد روته العامة أيضا (قال في القتيبة) قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما وحرم حلالا وقد نقل على هذا اجماع المسلمين في المبسوط والسرائر واجماع العلماء كافة في التحرير واجماعنا في الفتية وبه طفحت عباراتهم وهذا الاستثناء معتبر في جواز جميع العقود بل يعتبر في جميع الامور الجائزة عدم اشتغالها على حرام ولعلمهم انما يذكرونه في الصلح

(١) كذا في النسخ والظاهر فلا اول (مصححه)

كالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع أو صلحه بخمر أو خنزير أو صلحه مع انكاره ظاهرا على بعض ما عليه سواء عرف المالك قدر حقه أولا فإن الصلح في مثل ذلك لا يشر ملكا ولا ابراء الا ان يعرف المالك ما عليه ويرضى باطنا وكذا لو كان المدعي كاذبا فصالحه المنكر فانه غير مباح الا مع رضا الباطن وهو أصل في نفسه ليس فرعا على غيره وان افاد فائدته (متن)

وخيار الاشتراط لوجوده في الاخبار فيهما ومتسنع معنى ذلك قوله ﴿ كـالـصـلـح عـلـى اسـتـرـقـاق حـر او اسـتـبـاحـة بـضـع او صلـحـه بـخـمـر او خـنـزـير او صلـحـه مـع انـكـاره ظـاهـر عـلـى بـعـض مـا عـلـيـه سـواء عـرف المـالـك قـدر حـقـه او لا فـان الصـلـح فـي مـثـل ذـلـك لا يـشـر مـلـكـا ولا اـبـراء الا ان عـرف المـالـك مـا عـلـيـه و يـرضـى بـاطـنـا و كـذا لو كـان المـدـعـي كـاذـبـا فـصـالـحـه المـنـكـر فـانـه غـيـر مـبـاح الا مـع رضـا البـاطـن ﴾ هـذه الـاقـسام مـمـكـن ان تـجـل من المـحـلـة لـلـحـرام والمـحـرمـة لـلـحـلال بـاعـتـبار العـوضـين و فـي (التـقـيـح والمـسـالـك والروضة) انه قد فـسـر فـيـه تـحـلـيل الحـرام بـالصـلـح عـلـى اسـتـرـقـاق حـر او اسـتـبـاحـة بـضـع لـسـبـب لا بـاحـتـمـيـره او لـيـشـر بـا او اـحـدـهـما الخـمـر و نـحـو ذـلـك و تـحـرـيـم الحـلال بان لا يـطـأ اـحـدـهـما حـلـيـته او لا يـنـتـفـع بـمالـه و نـحـو ذـلـك والاسـتـثـناء عـلـى هـذا مـتـصـل لان الصـلـح عـلـى مـثـل هـذه باطل ظاهرا وباطنا و فـسـر بـصـلـح المـنـكـر عـلـى بـعـض المـدـعـي او مـنـفـتـه او بـدله مـع كـون اـحـدـهـما عـالـما بـبـطـلان الدـعـوى والاسـتـثـناء عـلـيـه يـكـون مـنـقـطـعا لـلـحـكـم بـصـحـته ظـاهـرا و انـما هـو فـاسـد فـي نـفس الامر والحـكـم بالصـحـة والبـطـلان انـمـا يـطـلـق عـلـى مـا هـو الظـاهـر و يـمـكـن كـونـه مـتـصـلا نـظـرا الى بـطـلـانـه فـي نـفس الامر ولـمـل هـذا التـفـسـير اجـود مـما قـبلـه لـانـه مـؤثـر ظـاهـر و هـو الـذي يـنـاسـب ظـاهـر حـال الشـارع بـخـلاف السـابـق لـسـم التـأثـير فـيـه اصـلا بل اـطـلاق الحـلـل والمـحـرم عـلـيـه انـما هـو بـحـسـب ارادة المـصـطـلـحـين خـاصـة وزاد فـي التـقـيـح فـي تـفـسـيره بان يـصـطـلـحـا عـلـى مـعامـلة تـؤثـر الى الرـبا او عـلـى جـاريـة يـأخـذـها اـحـدـهـما بـشـرط ان لا يـطـأها انـتـهى و هـذان حـكـاهـما كـاشـف الرـمـوز عـن صـاحـب الواسـطة و هـذا يعـطـي انه يـدـخـلـه الرـبا و يـأتـي الـكـلام فـيـه و قد يـشـر اـطـلاق كـلام التـقـيـح فـي المـثـال الثاني بان المـراد مـا لـلـحـلال والحـرام مـا كان كـذلـك باصل الشـرع او به و بـتـوسـط المقـد و قد قـدم الـكـلام فـي مـثـل ذـلـك فـي باب الشـرط فـي الـبـيـع عـند يـان مـعـنى قـولـه صـلى الله عـلـيـه وآلـه و سـلم المـؤمـنـون عـند شـروطـهم الا شـرطا حـلـل حـراما او حـرم حـلال و قد قـلنا هـنـاك ان مـرادـهم الاول الا ان يـدل دليـل عـلـى ارادة ما يـمـ الثاني و قد يـنا الحـال هـنـاك و مـعـنى قـولـه فـي الـكـتاب او صلـحـه مـع انـكـاره ظـاهـر الى آخـره انه اذا انـكـر المـدـعـي عـلـيـه المـدـعـى به ظـاهـرا و صـولـح عـلـى قـدر بـعـض مـا عـلـيـه فـي الواقـع سـواء كان من جنـسه ام لا فـان هـذا الصـلـح باطل بـحـسـب الواقـع ولا يـشـر مـلـكـا ان كان المـدـعـى به عـيـنا ولا اـبـراء ان كان دينا سـواء عـرف المـالـك قـدر حـقـه ام لا وسـواء ابتـدأ هـو بـطـلب الصـلـح عـن حـقـه ام لا لان صلـحـه رـبـما كان تـوصـلا الى اخـذ بـعـض حـقـه الا ان يـعلم ان المـالـك قد رضـى باطنـا مـع عـلمـه بـقدر الحق و وجـه البـطـلان فـيـما لو كان المـدـعـي كـاذـبـا فـصـالـحـه المـنـكـر ان الظـاهـر انه يـريد التـخلـص من عـهـدة دـعـواه الكـاذـبـة و انه مـع عـدم التـراضـي اكل مال بالباطل هـذا بـحـسـب نـفس الامر اما بـحـسـب الظـاهـر فـانـه صلـح صحيح و تـمـام الـكـلام يـأتـي فـي ذـلـك كـله ﴿ قـولـه ﴾ و هـو اـصـل فـي نـفسـه لـيـس فـرعا عـلـى غـيـره وان افاد فائدته ﴿ قال فـي

(التذكرة) الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه ليس فرعاً على غيره بل أصل في نفسه منفرد في حكمه ولا يتبع غيره وجعله في السرائر مذهب أهل البيت عليهم السلام والاجماع ظاهره أي السرائر في موضعين منها أيضاً وهو أي الاجماع ظاهر شرح الارشاد لفخر الاسلام والمقانيح وفي مجمع البرهان كأن ما نسب إلى المبسوط نقله عن العامة لا مذهبا له والا لما ادعى في التذكرة الاجماع من دون نقل خلاف وقد حكيت الشهرة عليه في التتبع وجامع المقاصد والكفاية ولا يعجني ما في المختلف والروضة من أنه الأشهر مضافاً إلى ما ذكره بمدته في المختلف كما ستسمع ومما صرح فيه بذلك أي باصالة وعدم فرعيته الشرائع والتحرير والمختلف والله المقتصر والتتبع وجامع المقاصد وإيضاح النافع والروضة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وهو ظاهر الباقي من وجوه أحدها أن الأصل في العقود الأصالة كما في التذكرة وقد نسب في السرائر وكشف الرموز الخلاف إلى الخلاف لقوله فيه إذا أتلّف رجل على غيره ثوباً يساوي ديناراً فأقر له به فصالحه على دينارين لم يصح إلى أن قال فلو أجزنا أن يصالحه على أكثر من دينار كان يباع للدينار بأكثر منه وذلك ربا لا يجوز (قلت) قد ذكر هذا الفرض بيّنه في المبسوط وحكى عن أبي حنيفة أنه جوزه وقال أنه قوي لا ما بينا أن الصلح ليس ببيع وأنه عقد قائم بنفسه ونسب الخلاف في المختلف إلى الشيخ في المبسوط ثم قال أن الشيخ في المبسوط قال أنه ليس فرعاً للبيع وإنما هو عقد قائم بنفسه وتبعه جماعة من المتأخرين على نسبة الخلاف إلى المبسوط جازمين به وزاد أبو العباس نسبته إلى القاضي ولو كان كذلك لنبه عليه في السرائر بل قال أي في السرائر أنه أي الشيخ فيه أي المبسوط موافق له قال قال في (المبسوط) بعد أن ذكر مقالة الشافعي ويقوى في نفسي أن يكون هذا الصلح أصلاً قائماً في نفسه ولا يكون فرع البيع ولا يحتاج إلى شرائط البيع واعتبار اختيار المجلس على ما يئناه فيما مضى انتهى (قلت) وهو كذلك غير أنه لم يصرح بأنه لا أحد من العامة واحتمال أن تكون الإشارة إلى خصوص المثال الذي ذكره بعيد جداً فممكن أن تكون الإشارة إلى خصوص عدم اجرائه مجرى البيع ويكون قائلاً باجرائه مجرى غيره من الاجارة وغيرها ويدفعه أنه لا قائل بالصلح قال في (المبسوط) بعد أن قلّ اجماع المسلمين على جوازه مانعه فالصلح ليس بأصل في نفسه وإنما هو فرع لغيره وهو على خمسة أضرب (أحدها) فرع البيع (ثانيها) فرع الإبراء (ثالثها) فرع الاجارة (رابعها) فرع العارية (خامسها) فرع الهبة وسنذكر هذه الأقسام إذا ورت رجلاً من مورثها مالا فصالح أحدهما صاحبه على نصيبه من الميراث بشي فإن هذا الصلح فرع البيع ويعتبر فيه شرائط البيع فجاز في البيع جاز فيه وما لم يجز فيه لم يجز فيه ومن شرائط صحة البيع أن يكون المبيع معلوماً فيجب أن يعلم قدر نصيب البائع من التركة ويشاهداهما جميعاً إلى أن قال ويقوى في نفسي إلى آخر ما في السرائر وقد سمعت ما حكيناه عنه آتياً في من أتلّف ثوب غيره والذي بينه فيما مضى في باب البيع هو قوله فيه أي المبسوط أن كان الصلح معاوضة فليس له الرجوع فيه يعني في المجلس لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال الصلح جائز بين المسلمين ولا دليل على اجرائه مجرى البيع انتهى لكن كلامه فيما إذا ادعى عليه أن هذه الدار داره فأقر له بها ثم صالحه على سكنها سنة صريح فيما نسبوه إليه ونحوه غيره كما ستعرف وعلى تقدير أن يكون ذلك مذهبا للشيخ فالفرق بينه وبين الشافعي أنه لا بد عند الشافعي من سبق دعوى ومنازعة بخلاف الشيخ والفرق بين الشيخ والأصحاب أن حكمه عنده حكم ما جعل فرعاً له في الأحكام فحيث يكون فرع البيع يحتاج إلى شرائطه ونجزي فيه جميع أحكامه وحيث يكون فرع العارية

ويصح على الاقرار والانكار اجماعا (متن)

والهبة على بعض الوجوه أو السكنى كذلك كما إذا قيد بوقت يكون جائزا وبالجملة حكمه عنده حكم ما أفاد فائدته وعندهم لا يكون الا لازما مع استكمال شرائطه وتحرير مذهب الشافعي انه فرع البيع حيث يكون في يده عين أو في ذمته دين فيدعيها انسان فيقر له بها ثم يصالحه على ما يمتقان عليه فهو فرع على البيع بل هو بيع عنده وفرع الابراء حيث يكون له في ذمته دين فيقر له به ثم يصالحه على أن يسقط بعضه ويدفع اليه بعضه وفرع الاجارة حيث يكون له عنده دين أو عين فيصالحه من ذلك بخدمة عبد أو سكنى دار مدة وفرع الهبة حيث يدعي عليه دارين أو عبيدين وشبههما فيقر له بهما ويصالحه من ذلك على أحدهما فيكون هبة للآخرى وفرع العارية حيث يكون في يده دار فيقر له بها فيصالحه على سكنائها شهرا فيكون ذلك عارية ولا يخفى قصور دليله اذ قد يفيد فائدتها وليس هو هي كما أن الوصية بمنفعة الدار تفيد فائدة الاجارة وليست هي وكذلك السكنى والرقي والعمرى وكذلك القسمة والهبة المشروطة بالعوض قيدان فائدة البيع وليستا فيما حقه قوله ﴿ ويصح على الاقرار والانكار اجماعا ﴾ كما في المسالك وظاهر جامع المقاصد والروضة والكفاية سواء كان المدعي به ديناً أو عيناً عند علمائنا أجمع كما في التذكرة وهو من خواصنا ومتفردات الامامية لان الحنفي لا يميزه الا مع الانكار والشافعي لا يميزه الا مع الاقرار كما في كشف الرموز وايضاح النافع والتقيح والاجماع على جوازه مع الانكار صريح الغنية وظاهر الخلاف والمراد بصحته مع الانكار صحته بحسب الظاهر ودليل ذلك بعد ذلك عمومات الكتاب والسنة وانه مسبب لاسقاط الخصومة فجاز مع الانكار كالابراء وانه لو لم يصح مع الانكار امتنعت أكثر فوائد الصلح لانه شرع لقطع النزاع وهو انما يتحقق مع المخالفة بين المتداعين وهو أن ينكر أحدهما ما ادعاه الآخر وقول الشافعي انه عاوض على ما لم يثبت فلم يصح كما لو باع مال غيره (فيه) انا نمنع بطلان المعاضة بالصلح على ما لم يثبت فانه عين المتنازع فيه وجملة على البيع قياس وبيان الحال في المقام ان صحة الصلح مع الاقرار والاعتراف بالمدعى مما لا ريب فيها لمعومته عند صاحبه ولا فرق بين أن يصالحه عنه بأقل منه أو بأكثر لمكان العلم وحصول التراضي وأما في صورة الانكار فانه باعتبار اختلاف الخصمين فيها واثباتا يحتمل أن يكون المدعي محققا اذا ادعى على المنكر ديناً أو عيناً فالصلح وان أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر وعدم صحة الدعوى بعد ذلك لصحته بحسب الظاهر الا انه لا يفيد براءة ذمة المدعى عليه مما يزيد على مال الصلح فيما لو فرض انه صالحه على أقل مما في ذمته في الواقع أو على بعض العين بل يبقى مشغول الذمة بالباقي وانما تبرأ ذمته بقدر ما دفعه خاصة لمكان اتصال بعض الحق للصلح كما أفصحت بذلك صحيحة عمر ابن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال اذا كان للرجل حق فظله حتى مات صاحبه ثم صالح ورثته على شيء فأندي أخذ الورثة لهم وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة وان هو لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو للميت يأخذه به وفي هذا الحديث خمس فوائد ونحوه الموثق وفي معناه أخبار آخر ولو كان قد صالح منكر الحق على العين بالآخر فهي بأجمعها في يده مفضوبة ولا يستثنى له مقدار ما دفع لعدم صحة المعاوضة في نفس الامر وكذا لو انعكس وكان المدعي مبطلاً في نفس الامر لم يستبح ما صولح به من عين أو دين لان هذا كله أكل مال بالباطل وانما صالح الحق المبطل دفعا لدعواه الكاذبة وقد يكون استدفع

من غير سبق خصومة ومع سبقها سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلا فدينا كان أو عينا (من)

بالصلح ضررا عن نفسه أو ماله وقد عد ذلك من صور الاكرام على الصلح كما يأتي ومثل هذا لا يعد تراضيا
يبيح أكل مال الغير كما نبه على ذلك في المسالك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض وقال في (المسالك
والروضة) نعم لو كانت الدعوى مستندة الى شبهة أو قرينة يخرج بها عن الكذب المحض كما لو وجد المدعي
بخط مورثه ان له على فلان، الا أو شهد له من لا يثبت الحق بشهادته شرعا ولم يكن المدعي عالما وانما ادعى
بناء على هذا القرض وتوجهت له اليمين على المدعى عليه فصالحه على اسقاط اليمين بمال أو قطع المنازعة
فالتجبه صحة الصلح في نفس الامر لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها ونحو ذلك مافي المفاتيح
ولا يخلوا من تأمل كما في الكفاية ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة حيث توجه اليمين على المنكر
ولا يمكن ردها ﴿ قوله ﴾ (من غير سبق خصومة ومع سبقها) ﴿ هذا قد تقدم الكلام فيه
﴿ قوله ﴾ (سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلا فدينا كان أو عينا) ﴿ التقييد بكون المصالح
عليه متنازعا فيه كما وقع في كثير من العبارات كالشرائع وغيرها غير لازم بل مبني على الغالب اذ الحكم
أت في مطلق المصالح عليه وان لم يكن بمنازعة مع علمها بما يتصالحان عليه وجهلها به كوارث تمذر علمه
بمقدار حصته وشريكه امتزج ماله بمال آخر بحيث لا يتميزان ولا يعلمان قدر ما لكل منهما ونحو ذلك
وكيف كان قد قال في التذكرة لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرا ولا جنسا بل يصح الصلح سواء
علما قدر ما تنازعا عليه وجنسه أو جهلا فدينا كان أو عينا وسواء كان (ارثا خ ل) ارشا أو غيره عند
علمائنا أجمع وفي (الرياض) انه لا خلاف فيه في الجملة وظاهر المسالك الاجماع على الصحة مع جهلها بمقداره
بحيث تمذر عليها علمه (قلت) فها اربع صور (الاولى) أن يعلم ما وقعت فيه المنازعة (الثانية) أن
يجهله ويكون مما يتعذر معرفتها له مطلقا (الثالثة) أن يجهله ويمكن معرفته في الحال (الرابعة) أن لا يمكن
معرفته في الحال كهدم المكيال أو الميزان أو كون النصيب من الميراث يتعذر العلم به في الحال مع امكان
الرجوع بعد ذلك الى عالم بعد ميسر الحاجة الى أخذه أو كون العوضين غائبين أو أحدهما وتمذر
الاحضار أو نحو ذلك (أما الاولى) فالحكم فيها بالصحة واضح من غير ريب كما في الكفاية لارتفاع الجهالة
ويجبيء في المبطل بمنازعة ما تقدم ولا فرق بين كون المدعى دينا أو عينا وكون الصلح بمقداره أو أقل
أو أكثر مع حصول الرضا لصحة المعاملة ظاهرا وباطنا (وأما الثانية) فكذلك لتطابق النصوص
والاجماع والتناوي عليها مع موافقة الحكمة والاعتبار أما النصوص فبالعموم والخصوص أما الاول
فعموم السنة مع موافقة عموم الكتاب وأما الثاني ففي صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام
وفي صحيحه الآخر عن أحدهما عليهما السلام وصحيح منصور بن حازم وموثة عن أبي عبد الله عليه
السلام أنه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له
عند صاحبه فقال كل واحد منهما لك ما عندك ولي ما عندي قال لا بأس اذا تراضيا وطابت أنفسهما
ونحوها غيرها وقد يقال انها ليس فيها صراحة بالصلح فليتأمل فقد استدلوا بها على ذلك من دون تأمل
ولعلمهم يريدون انه اذا صح بالمعاطاة فبالاولى أن يصح بقدر الصلح وقد سمعت مافي التذكرة والمسالك
من الاجماع وعليه المدار (وأما الاختبار) فان من عليه حق يجهل هو ومالكه قدره ويريد ابراء ذمته
يجب أن يكون له طريق الى ذلك ولا طريق الا الصلح فوجب أن يكون سائغا والا لزم الحرج والضيق

وانه اذا صح الصلح مع المسلم فالاولى أن يصح مع الجهل لانه في الاول له طريق الى التخلص ومع الجهل لا طريق له ولولم يجز الصلح أفضى الى ضياع المال فتأمل (وأما الثالثة) فقد منع من صحة الصلح فيها في التحرير والتذكرة والدروس والمهذب البارع والتقيح وظاهر الكتاب فيما يأتي وجامع المقاصد والمسالك وقد توذن عبارة التذكرة بالاجماع عليه ولعله لمكان الجهل والغرر فيها الموجبين للضرر بالزيادة أو النقص مع امكان التحرز عنها فيكون قد رجحوا عموم أدلة النهي عن الغرر على عموم أدلة الصلح لاعتضاد تلك بالاعتبار وظهور كونها قاعدة كلية لكثرة دوراتها في كلامهم وتقدمها عندهم في أكثر أبواب المعاملات على أدلة الصحة فيكون عموم أدلة الصلح مخصوصا بما لا ضرر فيه ولا جهالة وقد يكونون يقولون انهما تعارضا فتساقطا فرجنا الى حكم الاصل الاصيل وهو عدم الصحة وقد ترجح عموم أدلة الصلح بكثرتها وظهورها فيما يشمل هذه الصورة وبأن الصلح أوسع من البيع ونحوه لانه قد شرع على المسامحة والمساهلة ولهذا يجوز عند تعذر العلم وذلك لا يجوز في البيع الا أن تقول ان ذلك أيضا جائز في البيع كبيع اس الحائط وأخشاب السوق وطبي البئر ولك أن تقول ان الصلح يجوز بلا عوض كما يأتي فمع جهالة أولى فتأمل وباطلاقات كثير من العبارات لكن الاول أشبه بأصول المذهب وعليه أي على الاول فلو صالحه على صبرة من طعام من غير كيل ولا وزن لم يصح وكذلك الصلح على نصيب شخص من ميراث مع امكان العلم بقدره في الحال لكن في الارشاد وجمع البرهان انه يكفي فيما وقع عليه الصلح العلم في الجملة وقال انه يكفي المشاهدة في الموزون ويأتي تمام الكلام (وأما الرابعة) فالصحة فيها خيرة الدروس والمهذب البارع والتقيح والمسالك لتناول الادلة كلها مع انه قد قضى الحاجة به ونفس الضرورة اليه لا انحصار الطريق فيه وحصول الضرر بالتأخير وليس من ذلك ما اذا كانا معدومين كأن يصالحه بما مستحل به دابته على ما مستحل به دابته وبالدار التي سينها على الدار التي مدينها أو أحدهما موجودا والآخر معدوما لعدم تناول الادلة له وان قلنا بالتناول قلنا انها مخصوصة بغير ذلك لما فيه من الجهل والغرر الموجبين للضرر والسفه واذا علم أحدهما دون الآخر وجب اعلامه كما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي (التذكرة والكتاب) في آخر الباب وجامع المقاصد انه لا يحكم بالصحة بدون الاعلام ومرادها انه لا يصح الصلح في نفس الامر بدون الاعلام اذا كان المصالح به بدون قدر الحق كما نبه عليه في الدروس والتقيح والمسالك وغيرها كما تقدم (وتتقيح) البحث ان يقال اذا كان العالم هو الغريم فقط قلنا ان يكون الحق عينا أو دينا فان كان الأول قلنا ان يمكن ايصالها أولا فان كان الأول أي يمكن ايصالها فقد تقدم ان الصلح لا يصح في نفس الامر وان كان ما صالح عامه أكثر من قيمتها ويمكن القول بالصحة ظاهراً بالنسبة الى المستحق خاصة في المقدار الذي أخذه بجعله مقاصة أو لمكان الحلولة وان كان لا يمكن ايصالها فالاصح الصحة بالأكثر والمساوي لا بالاقل وان كان دينا فانه يصح مع المساواة والزادة ولعله مما لا نزاع فيه وأما مع النقصان فلا يصح ولا يרא الا فيما قابله لا يصلح بعض الحق لا للصلح لما رواه المشايخ الثلاثة في الموثق عن علي بن ابي حمزة قال قلت لابي الحسن عليه السلام رجل يهودي أو نصراني كانت له عندي أربعة الاف درهم فمات أيجوز لي ان أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان قال لا يجوز حتى تخبرهم ولصحيحة عمر بن يزيد المقدمة وفي (الدروس) ان الاولى نص في الباب قلت وعليها ينزل اطلاق أدلة الصحة وصحيحة الحلبي وغير واحد عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه شيء فيصالح عليه فقال اذا كان بطيب نفس من

وهو لازم من الطرفين لا يبطل الا باتفاقهما على فسخه ولا بد من متعاقدين كاملين وما يتصلحان به وعليه ويشترط فيهما التملك (متن)

صاحبه فلا باس واطلاقه أي الموثق وان شمل ما اذا وقع الصلح بقدر الحق وما اذا وقع بدونه الا انه لمسكن غلبة الثاني مقيد به فيرجع في المساوي والزائد الى عموم أدلة الصلح ويقتصر في تخصيصها بالخبر على ما اذا كان بالاقل لأنه الغالب المتيقن هذا كله اذا لم يكن من له الحق قد رضي باطنا بالصلح بالاقل فلورضي به باطنا كان الصلح صحيحا ظاهرا وباطنا كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وقد يستدل عليه بصحبة الحلبي المقدمة فلا يجوز للمستحق حينئذ أخذ ما زاد عن مال الصلح وان علم الزيادة ولا كذلك لو لم يرض باطنا فانه لو علم بعد ذلك مقدار الحق وزيادته عما صالح عليه بالينة أو الاقرار وكان له اخذ ما زاد وكان الصلح باطلا باطنا وظاهرا وان كان قبل ذلك صحيحا ظاهرا لعلم العلم بكونه خادعا مبطلا في صلحه اذ يكفي اشتباه حاله في صحة صلحه ظاهرا وان كان العالم صاحب الحق فقط دون التريم ورضي بالصلح الواقع فان كان بقدر الحق أو اقل فالصلح صحيح في نفس الأمر عينا كان الحق أو دينا ولعله اجماعي وكذا اذا كان زائدا عليه مع رضا التريم باطنا وأما مع عدمه فيصح ظاهرا لا باطنا كما قاله جماعة وقد تقدم أيضا التنبيه عليه فلتلحظ هذه المباحث كلها فان للبحث فيها مجالا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهو لازم من الطرفين ﴾ كما في الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس واللغة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح وهو معنى ما في الوسيلة والسرائر والتذكرة من انه اذا تم لم يكن لاحدهما رجوع على الآخر ولا خيار بعد انعقاده وفي (الكفاية) انه لازم على المشهور من كونه أصلا في نفسه وهو كذلك والوجه فيه انه عقد والأصل فيه اللزوم للعموم فتفريع اللعة اللزوم على كونه صلحا جائزا جيد جدا واعتراض الروضة بان الصلح أعم من اللازم كانه في غير محله ومراد الشهيد بالجائز الصحيح لأنه لا يتصف عنده بالجواز وان وقع بغير عوض كما يأتي في مسألة السكنى ويحيى على قول الشيخ ان صح مانسب اليه انه جائز في بعض موارد اذا كان فرع العارية والهبة على بعض الوجوه كما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ لا يبطل الا باتفاقهما على فسخه ﴾ كما صرح به في أكثر ما تقدم وهو قصبة كلام الباين وفي (الرياض) نفى الخلاف عن فسخه بالتقابل (قلت) ولأنه تجارة عن تراض وكل مال بطيب نفس مضافا الى أدلة استحبابها وعن (مجمع البرهان) الاجماع عليه ويبطل أيضا بظهور استحقاق احد العرضين كما صرح به جماعة وسيأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بد من متعاقدين كاملين ﴾ اجماعا كما في التذكرة كما سنسعه ولا بد من صيغة ومن الايجاب والقبول كما في التذكرة وجامع المقاصد واللغة والروضة ولا بد من المقارنة كما في التذكرة ونسب ذلك كله في مجمع البرهان الى ظاهر الاصحاب وبالجملة حاله حال سائر العقود اللازمة وتصح وظيفة كل من الايجاب والقبول من كل منهما بلفظ صالحة وقبلت كما في الروضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وما يتصلحان به وعليه ويشترط فيهما التملك ﴾ أي لا بد من العلم بما يتصلحان به وعليه كما في الحواني والاظهر ان المراد انه لا بد من وجود مصالح به ومصالح عليه واشترط العلم شي آخر كما سنسع قال في (التذكرة) أركانه أربعة المصطلحان ويشترط كونها جائزي التصرف كما في سائر العقود ورضاها اجماعا والمصالح عليه والمصالح عنه ويشترط فيهما التملك فلو كان غير مملوك مثل خمر أو استرقاق حر

أو استباحة بضع محرم لم يقع ولم يقد المقد شيئا بل يقع باطلاً بلا خلاف وكذا يطل على مال غير
 لعدم الملكية بالنسبة اليهما ولعله أراد بالتملك ما يشمل الحق كالشفعة والتحصير واسقاط الدعوى ونحوها
 من الحقوق التي يصح الصلح عليها ووجهه أنه من عقود المعاوضات فلا بد من عوضين وقد قيل عليه
 أن الصلح إذا وقع موقع الأبراء كما لو صالحه من الحق على بعضه فإنه صحيح لعدم شرعية
 الصلح وليس فيه عوضان (واجب) بأنه يكفي في حصول المفارقة الجزئية والكلية كذا في جامع المقاصد
 لكن في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والدروس وأيضاح النافع والمسالك
 والروضة أنه لو ادعى عليه داراً فآقر له بها ثم صالحه المقر على سكناه فيها سنة صح الصلح وقد صرح
 (فيما خ ل) فيها عدى المبسوط بالآزوم وعدم جواز الرجوع مع أنه ليس هناك عوض والعين الخارجة
 من يد المقر ليست عوضاً عن المنفعة الراجعة اليه لثبوتها للمقر له بالآقرار قبل أن يقع الصلح فلا يكون
 في مقابلة المنفعة عوض نعم لو أنكر فصالح المنكر المدعي على سكناها سنة صح ولزم لأن السكني عوض
 عن دعواه وكذا لو كان الساكن المنكر لأنه عوض عن جعوده وقد سهى في ذلك القلم في المسالك
 وحكى الشهيد عن شيخه الفخر والعميد أنه يصح بدون العوض ويكون فرع التملك كما لو قال مالك
 المتاع صالحتك على هذا المتاع فقال المصالح قبلت فإنه يصح ويكون كأنه قال ملكتك هذا الكتاب
 انتهى فتأمل والظاهر أنه لا نزاع كما في مجمع البرهان في أنه لا بد من معلومة ما يقع عليه الصلح إذا لم
 يكن هو مما يصالح عليه مثل ما في صحيحة محمد بن مسلم ومعناه أنه يستثنى منه ما إذا لم يدر كل واحد
 كم له عند صاحبه فإنه يصح مع الجهالة حينئذ كما تضمنه الخبر ثم استظهر أنه يكفي العلم في الجملة (قلت)
 قد أوجب في التحرير والتذكرة أن يكون العوض معلوماً أن كان مما يحتاج إلى تسليمه لافياً إذا كان
 لا يحتاج إلى تسليمه ولا سبيل إلى معرفته كالتنازعين في موارد مجهولة لكن عبارة التحرير أظهر في
 المراد من عبارة التذكرة وأن كان قد يظهر منها الإجماع وفي (الدروس) أن الأصح أنه يشترط العلم
 بالعوضين إذا أمكن وهو الظاهر منه في موضعين آخرين وقد سمعت مافي الحواشي وقد تقدم نقل
 مافي الكتاب وحواشيه والتقيح والمذهب البارع والمسالك وفي (الارشاد) لا بد من العلم بما وقع عليه الصلح
 وأنه تكفي المشاهدة في الموزون وقد أطال المقدس الأردبيلي في الاستدلال بما لا ينهض دليلاً
 وإن صح ما حكي عن المبسوط من الفرعية كان الشيخ فيه موافقاً لهؤلاء في بعض مخالفاً لهم في آخر
 هذا ولا يشترط في مورد الصلح أن يكون مالا فيصح عن القصاص وعن عيب المبيع سواء قل العوض
 أو كثر ولا سقاط الدعوى واسقاط الخيار والتحصير وحق الشفعة والأولوية في موضع مباح من الخان
 والسوق والمسجد والمدرسة كما صرح به في التذكرة وغيرها وهو معنى قوله فيها أيضاً ولا يجوز الصلح
 على ما ليس بمال بما لا يصح أخذ العوض عنه والحاصل في المقام هو ما قاله فيها أيضاً من أنه يصح الصلح
 عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وإن لم يجز يه ولا خلاف بينهم على الظاهر في ذلك (فلى هذا)
 لا يصح الصلح عن اسقاط الدعوى بحلف المنكر المدعي على أنه يبرأ مما يدعيه لأن صحة ذلك فرع
 جواز مقابلة حلف المنكر بمال حتى يكون حقا مالياً يصح فيه الصلح وفرع كون هذا الصلح يفيد المدعي
 فائدة لا تعود عليه بنقص مراده أو كرهه على أعظم مما فر منه أما الأول فلا ريب أن المدعي إذا
 كان قاطعاً بكذب المنكر وأنه ظالم عالم غير غافل كانت يمينه حراماً لا تجوز المصالحة

عليها (١) ولا يرد مثل ذلك فيما اذا صالح المنكر المدعي الكاذب على اسقاط دعواه بما لا مضطر الى ذلك ويريد دفع ظلمه له وضرره عنه كما هو واضح وقد تقدم بيانه والمدعي فيما نحن فيه مختار وقد اوجب على المنكر بمقتضى الصلح الكذب الصريح ان صح الصلح كما يقوله الخصم ولا يرد أيضا مثل ذلك ما اذا حلف الحاكم لان الحاكم لم يلزمه بذلك في عقد ولا غيره وانما يخبره بين الحلف والرد واداء المال فاذا خالف وحلف قد ظلم نفسه وصاحبه باختياره والمدعي حاجة في تحصيل ماله فلا اعانة منه على الائم ولا معاوضة له عليه تلزمه بذلك فلم يكن الحلف هنا سائفا فضلا عن كونهما يقابل بمال فلا يصح الصلح به عن اسقاط الدعوى وأما الثاني وهو انه لا فائدة فيه فلان أقصى ما يتخيل أن للمدعي أن يقول ان الخصومة عند الحاكم مكروهة وانا اصالحك حتى لا احضر وهذا أو هن شيء لانه يكون قد فر من المكروه الى الحرام ثم ان المنكر اذا حلف برأ كما يقولون وعاد النفع عليه بسقوط الدعوى عنه ولم يحصل للمدعي شيء يفيد (فان قلت) لعله ينكل فيؤدي ما ادعاه عليه (قلت) هذا نكول عند غير القاضي فلا يلزم به بالحق قولاً واحداً على انه لو انتفع بترك الحلف لزم الحلف لان المقد كان على الحلف فماد الى تركه وقد قلنا ان النكول لا يلزمه بالحق فمادت الدعوى باقية على حالها والمقصود اسقاطها ومثله ما اذا كان غرضه من تحليفه كاذبا هلاكه ليتشفي به فانه صلح على حرام لغرض حرام وقد عرفت حال النكول على ان هذا ليس من مباحث العلماء واما اذا كان المدعي عالما بان المنكر ذاس قاطع بعدم شغل ذمته وانه يحلف على البت واليقين كان بذله له ما لا على ذلك من السفه العظيم فالمصلحة عليه باسقاط الدعوى كذلك واحتمال وجود مصلحة في ذلك مع ظهور ذلك تعويل على الهيا وانكال على المني على انه يكون قد صالح على الكذب على المذهب المشهور من انه مخالفة الواقع لا كما يقوله الجاحظ والنظام وأما اذا كان ظانا كأن كان ولياً لیتيم أو مدعياً عليه بسرقة أو غصب أو قتل فان دعوى الظان تسمع في هذه فان كان الاول فلا يصح أن يقابل حلف المنكر بمال ليرفع عنه كراهية الحضور عند الحاكم أو يحصل له الاطمئنان لانه يجب عليه الحضور عند الحاكم لانه مال يتيم واطمئنانه لا يجدي جدوى في اسقاطه دعوى اليتيم عنه اذا بلغ قطعا ويغرم ما دفعه في مقابلة الحلف من ماله لا من مال اليتيم لانه يقول له كنت تحضره عند الحاكم فله كان يقر ولا ضرر عليك لانه لا رد عليك فكانت مصالحك عبثا محضا وأما اذا ادعى على أحد هذين انه سرق أو غصب أو قتل وهو قاطع بان أحدهما سارق أو غاصب ظان بكل واحد منهما فالصلح على يمين كل واحد منهما بافتراده كالصلح على ما يحتمل انه خمر وهو باطل ثم ان أحد الصلحين وقع على ما هو خمر قطعا وأما اذا قال اني أظن أن لي عندك مائة مثلاً فصالحني على حلفك بنخسين أدفعها لك مثلاً حتى أطمئن فان كان المدعي عليه عالماً بأنه مشغول الذمة له لا يصح له أن يصالحه لانه يكون قد صالح على حرام هذا ان سلمنا جواز التحليف للظن وان كان المدعي عليه عالماً بعدم مع الصلح ان كان يصح على غير حق لان الدعوى المظنونة ليست حقا ولا يلتفت اليها وهذا (وعلى هذا خل) أيضا ان سلمنا مشروعية اليمين وبذلها في مثل ذلك حيث لا باعث عليها ولا ضرورة اليها ولا سيما اذا كان المقابل لها مال يسير جدا فان صح هذان صح الصلح على اسقاط الدعوى التي ليست بدعوى في هذا الفرد النادر وان قلنا ان الدعوى المظنونة حق ونسمع

(١) سواء كان المنكر كما اذا اعتقد المدعي أولا اذ الشأن فيه كما لو علم زيد ان مافي يد عمر خمر وعمر يعتقد

انه خل فانه لا يجوز لزيد شراؤه (منه قدس سره)

ولو صلح على عين بأخرى في الرويات في حاله بالبيع نظر (متن)

ويطلب لاجلها اليمين كان مصلحة المدعي على حلقه مصلحة على ما يظن انه خيرا لانه ظان بكذبه ويكفي في البطلان احتمال كذبه وكون ما في يده خيرا فضلا عن ظنه وقد سمعت ما في الكفاية عند شرح قوله ويصح على الاقرار والانكار في آخر المسئلة وستسمع ما في التذكرة والتحرير عند شرح قوله ولو صلح الاجنبي المدعي لنفسه الى آخره قال في (التذكرة) مانعه ان جواز الدعوى من المصالح مشروطة بعلم صدق مدعي المصالح فان لم يعلم لم يجز له دعوى شيء لا يعلم ثبوته ونحوه ما في التحرير وبعض مشايخنا المعاصرين جرى ذلك في كل رطب ويا بس ثم انه اذا حلف بدون طلب الحاكم لا يسقط الدعوى وهي معاطاة الصلح لانه حينئذ برضاها فاذا لم تصح المعاطاة فيه لا يصح المقدم عليه ثم ان ثمره المسئلة سقوط الينة لو أقيمت بعد الدعوى (وفيه) ان مادل على سقوط الينة باليمين مختص بحكم التبادر وغيره باليمين المهودة ومما ذكر يعلم انه لا يصح الصلح على استحقاق ولا على استحقاق الانكار وسيأتي للمحقق الثاني عند شرح قوله ولو صلح الاجنبي المبل الى صحة الاول هذا وقد تأمل مولانا الاردبيلي في نحو المسجد ولعله لانه متأمل في جواز أخذ العوض عنه وفي (الدروس) لا يصح عن الحد والعزيرات والقسم بين الزوجات يعني على تركه (قلت) وكذا ترك الاستمتاع بهن وظاهر نكاح التحرير التوقف في الاعتياض عن القسم أو تمر يرضه وفي (الروضة) ان له وجها وتام الكلام في النكاح ~~قوله~~ ولو صلح على عين بأخرى في الرويات في حاله بالبيع نظر كما في التذكرة ومنشأ النظر في الكتابين من امكان اختصاص الربا بالبيع لانه المتبادر من الاطلاق وكذا القرض ويبقى غيرها على أصل الاباحة مؤيدا بظواهر الآيات والاخبار الدالة على حصول الاباحة بالتراضي وعلى حصر المحرمات وليس هذا منها وأن الناس مسلطون على أموالهم خرج البيع والقرض وبقي الباقي وقد قال في (مجمع البيان) في تفسير قوله جل شأنه (انما البيع مثل الربا) ان البيع انطالي عن الربا مثل البيع المشتل عليه وهذا قد يرشد الى التخصيص وانه يلزمه عدم جواز الزيادة في الهبة المعوضة لان الزيادة مطلقا عند الخلع حرام في الربويين الا أن أقول انه خرج بالاجماع فتأمل ومن أن ظاهر قوله تعالى (وحرم الربا) يقتضي تحريم الزيادة في المسائلين في كل المعامضات وقول الصادق عليه السلام لعبد الرحمن ابن الحجاج لما سأله أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير لا يجوز الا مثلا بمثل وترك الاستفصال دليل العموم والصنف منحبر بالشبهة كما ستعرف وقوله أيضا عليه السلام في صحيحة الحلبي الفضة بالفضة مثلا بمثل ليس فيها زيادة ولا قصان الزائد والمستزيد في النار وأيضا فانه حرام ومعلوم كونه بمعنى الزيادة وليس بمعلوم قتله فيجب حمله على معناه اللغوي ويخرج منه ما هو حلال بالاجماع ويبقى الباقي تحت التحريم كما يرشده اليه عدم تخصيصهم له بالبيع بل جروه في القرض مضافا الى ما ورد في علة تحريمه من ذهاب المعروف وتعطيل المعاش وقد يقول المخصصون باننا لا نقول بقتله بل يقولون الزيادة المحرمة انما هي في البيع والقرض لمكان التبادر والاجماع وليست تلك علة شرعية وانما هي لبيان الحكمة والا لبطلت الخيل التي ذكرها الفقهاء ودلت عليها الاخبار (وكيف كان) فالقائل بالاول المصنف في ربا الارشاد والكتاب وصلاح المختلف وظاهر دين الشرائع وصلاح التحرير في مواضع وجامع المقاصد وهو ظاهر كل من فسره (عرفه خ ل) بانه شرعا بيع أحد المماثلين بالآخر مع شرائط أخر حيث أخذوا

في تعريفه البيع دون المعاملة وقد وقع هذا التعريف في السرائر والتحرير والتذكرة وشرح الارشاد لفخر الاسلام وتعليقه للكركي والمسالك وغيرها ولكن الامر في هذا سهل نعم لهم في الباب عبارات ظاهرة في ذلك كقولهم لو صالح على الموثل باسقاط بعضه حالا صح وقد نسب في الدروس الى اطلاق الاصحاب وقولهم لو ألتف عليه ثوبا قيمته عشرة فصالحه بازيد أو أقص صح وهذا هو المشهور مع انه يؤدي الى الربا ولهذا منعه في المبسوط والخلاف كما ستعرف فيكون مختصا بالبيع الا أن تقول ان الصلح في المثال الاول ليس معاوضة أو أن القيصه في مقابلة الحلول وان الصلح في الثاني ليس على القيمة بل على المثل وهذا مبني على أن القيمي يضمن بمثله وهو غير المشهور المعروف ويأتي تمام الكلام في هاتين المسئلتين وقد قلنا في باب الربا ان ذلك قد يظهر من المبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة وجمع البيان واطراد ظهوره من المبسوط والخلاف في غير الصلح وكأنه ظاهر الاتصاف في الباب (وأما القول الثاني) وهو انه ثابت في كل معاوضة من صلح وغيره فهو خيرة الاكثر كما في آيات الارديلي المسماة بجمع البرهان في قبه القرآن وهو المحكي عن السيد والشيخ والقاضي وابن المتوج وصرح الايضاح والدروس والمهذب البارع والمقتصر وايضاح النافع والروضة والمسالك والشرائع في باب النصب وظاهرها في المقام (وفي جامع المقاصد) ان فيه قوة وتمسكا بجانب الاحتياط وجزم به في باب الربا وأما الشيخ والقاضي فان صح ما حكي عنهما من جعله يما أو فرعا له فلا اشكال في تحريم الزيادة عندهما (هذا) وقد قال في الايضاح في شرح العبارة ألحقه الشيخ بالربويات وهو اختيار ابن البراج وهو مبني على احدى قاعدتين (الاولى) هل الصلح فرع البيع أم لا (الثانية) هل الربا يشمل جميع المعاوضات أم يختص بالبيع وفي (جامع المقاصد) ان هذا كلام فاسد لانه لا معنى لالحاقه بالربويات عند الشيخ وابن البراج اذ هو بيع على قولهما ثم بناء ذلك على قاعدتين أعجب وان كان المبني كلام المصنف فأغرب لان المصنف قد حكم سابقا بأنه أصل برأسه لافرع على غيره فكيف يكون تردده لاحتمال كونه فرعا وانما تردده لاحتمال عدم اختصاص الربا بالبيع انتهى (قلت) أنت قد عرفت أن الشيخ في المبسوط بعد أن ذكر انه فرع البيع قوى انه أصل برأسه فعني قوله في الايضاح ألحقه الشيخ بالربويات الى آخره انه جعله مما يجري فيه الربا من بيع وقرض اذا صالح في الربويات وان هذا منه أي من الشيخ مبني على احدى قاعدتين وهي أن الصلح فرع البيع ان استقر رأي الشيخ عليه لانه لم يجزم به في المبسوط وان كان مذهبه انه أصل برأسه كما قواه أخيرا كان مبنيا على القاعدة الاخرى وهو واضح لا غبار عليه وليس معنى قوله في الايضاح ألحقه الشيخ بالربويات انه ألحقه بالبيع خاصة حتى يتعجب منه على أن المصنف عبر بالالحاق أيضا في الكتاب والتذكرة فيكون أراد في الايضاح بيان الوجه في الحاق الشيخ له بالربويات ليعلم منه وجه النظر في كلام المصنف باعتبار القاعدة الثانية ويحتمل أن يكون أراد أن النظر في كلام المصنف مبني على احدى قاعدتين فاما أن تكون هي الاولى وقد عرفت أن مختاره انه أصل برأسه فتعين أن تكون هي الثانية التي جزم بها في جامع المقاصد وقد يكون أراد في الايضاح التردد بين الاولى والثانية فيكون مراده أن المصنف رجع عن الجزم الى التردد وكم له مثل ذلك ويكون بيان مذهب الشيخ توطئة لاحتمال تردد المصنف بعد جزمه فيكون المراد لا تستعظم التردد بعد الجزم لان الشيخ والقاضي قائلان بأنه فرع البيع ثم انه سيأتي للمصنف قريبا فيما اذا صالح عن (من خل) ألف حاله بخمسة مائة مؤجلة انه ابراء على اشكال وقد أقره في جامع المقاصد ولم يستغربه منه حيث تقدم له انه أصل برأسه

وكذا في الدين بمثله فان الحقناه فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمسمائة حاله (متن)

والفرض تصحيح كلام الفحول الكبار وتنزيله على وجه ظاهر قريب جدا ورفع الاستعجاب عنه والاستغراب منه والافلا فائدة مهمة في تحرير ذلك وجعل وجه النظر في الحواشي من انه وسيلة الى الربا ومن انه اصل برأيه ﴿ قوله ﴾ (وكذا في الدين بمثله) كما ذكر ذلك في التذكرة قال في (الايضاح) ذكر هنا فرعين على كون الصلح يما أم لا (الاول) انه لو صالح على دين بمثله فلي كون الصلح يما لا يصح وعلى كونه ليس يبيع يصح (الثاني) لو صالح على ألف بخمسمائة الى آخره ولا يعجني جعله قريبا كالثاني ونعم ما قال في جامع المقاصد قال أي وكذا يجي النظر في الصلح عن الدين بمثله أي بدين آخر فانه يحتمل عدم صحته نظرا الى مشاركته لبيع في علة المنع فيشتركان في الحكم والاصح العلم (قلت) عبارة الكتابين (١) ذات وجهين (الاول) ان يكون هذا قسما من المسئلة الاولى في حقوق الربا لانه لما تأمل في الصلح على الدين بالدين عطف عليه الصلح على الدين بالدين ولما كانت الاولى في الربويات فلتكن الثانية كذلك ولكنه كان يعني عن ذلك كله ان يقول ولو صالح في الربوي ففي الحاقه بالبيع نظر لانه يشمل الصلح على الدين بالدين والدين بالدين لكن ما ذكره أوضح أو يكون افاد بذلك امرا آخر وهو ان الاقسام الممكنة هنا ثلاثة وان النظر مختص باثنين منها واما الثالث وهو الصلح على الدين بالدين فانه جائز جزما أو غير جائز جزما لكن يرد عليه انه ايضا محل اشكال ولا جزم فيه عنده باحد الامرين (الثاني) ما اشار اليه في الايضاح وجامع المقاصد وهو الصلح على الدين في ذمة زيد بالدين الذي في ذمة عمر ووجه النظر حينئذ انه هل يلحق بالبيع في المنع على القول باصالة الصلح في نفسه يحتمل ذلك لوجود المعنى المحرم لبيع الدين بالدين في الصلح اذ هو التحرير في الماين (بالمالين خل) ويحتمل المنع اقتصارا على النص وعملا بعموم شرعية الصلح واما الصلح على الدين بالدين بهذا التفسير يعني غير الربوي فانه جائز قطعا كالصلح فيه على الدين بالدين وقد قسمنا بيع الدين في بابه الى ثمانية اقسام وهي تجري في الصلح (الاول) بيع الدين المؤجل الذي لم يحل بمقد آخر بدين كذلك (الثاني) ان يكونا مؤجلين بهذا العقد كأن يبيع متاعه مؤجلا بشئ كذلك (الثالث) بيع الدين المؤجل الذي لم يحل بمحاضر شخص مشار اليه (الرابع) بيع دين حال بمحاضر مشار اليه (الخامس) بيع دين مؤجل حال بدين كذلك (السادس) بيع دين مؤجل حال بمضون في الذمة حال (السابع) بيع دين مؤجل حال بشئ مؤجل كأن يبيعه نسيئة (الثامن) ما اذا كان لكل منهما دين على الآخر فيتبايعان بالدينين ﴿ قوله ﴾ (فان الحقناه فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمسمائة حاله) أي أن الحقنا الصلح بالبيع في تحریم الربا فسد هذا الصلح المذكور كما ذكر ذلك في التذكرة وجامع المقاصد أي فيكون كالموابع الفأ مؤجلة بخمسمائة حاله وهو فاسد لوجود الربا فيه من وجهين وقد نص على صحة هذا الصلح في التحرير وهو قضية كلام المختلف وابي علي وستسمع ما في الدروس من نسبه الى اطلاق الاصحاب وجزم في المبسوط بفساد المعاملة على الدرام يعضها مطلقا وقال في (الدروس) اذا صالح على المؤجل باسقاط بعضه حالا صح اذا كان بغير

(١) أي التذكرة والكتاب (منه قدس سره)

ولو صالح من ألف بخمسمائة مؤجلة فهو ابراء على اشكال ويلزم التأجيل (متن)

جنسه واطلاق الاصحاب الجواز اما لان الصلح ليس معاوضة أو لان الربا مختص بالبيع أو لان التقيصة في مقابلة الحلول (قلت) الاحتمال الاخير ضعيف واضعف منه الاحتمال الاول ولعله نظر في نسبته الى اطلاق الاصحاب الى قولهم في باب الدين يصبح تسجيل المؤجل باسقاط بعضه مع التراضي لان هذه العبارة وقعت في الانتصار والسرائر والشرائع والتحرير والتبصرة وغيرها وفي الاول الاجماع عليه ومن طرق الاسقاط الابراء والعفو والصلح والظاهر الثاني كما فهمه الشهيد لا مطلق الرضا لاصالة بقاء الملك الى ان يتحقق المزيل شرعا والا فالعرض لصحته في المقام قليل جدا كما عرفت وقد استدلوا عليه هناك بمرسل ابان بن تغلب عن الصادق عليه السلام قال سئلته عن الرجل يكون له على الرجل دين فيقول له قبل أن يحل الاجل عجل النصف من حقي على أن اضع عنك النصف ايجل ذلك لو اخذ منه قال نعم ونحوه حسنة الحلبي أو صحيحته وقال في (الدروس) ايضا لو صالح عن الربوي بتقيصة من جنسه روعي احكام الربا لانها عامة في المعاوضات على الاقوى الا ان تقول الصلح هنا ليس معاوضة بل هو في معنى الابراء وهو الاصح لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لكعب بن مالك لما تقاضى ابن ابي حديد ديننا كان له في المسجد فارقت اصواتهما حتى سمعا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يخرج اليهما فنادى يا كعب قال لييك قال فشار اليه أن ضع الشرط من دينك واتبعه بالباقي قال قد فعلت اترك الشرط واتبعه بيقينه وروى ذلك عن الصادق عليه السلام وينبغي ان تكون صورته صالحتك على الف بخمسمائة فلو قال بهذه الخمسمائة ظهرت المعاوضة والاقوى جوازه ايضا لا اشتراكها في الغاية (العلة خل) أنهى (قلت) قد اختلف في الدروس أن الصلح اصل برأيه فكيف يقول انه ليس معاوضة بل في معنى الابراء ثم ان الرواية التي استند اليها ليست بصحيحة ولا صريحة لانها لم تشمل على لفظ الصلح وانما اشتملت على الترك الصريح في الابراء ونحن نقول بموجبه وكلامنا في المقد الواقف بلفظ الصلح ~~قوله~~ ﴿ ولو صالح من ألف بخمسمائة مؤجلة فهو ابراء على اشكال ويلزم التأجيل ﴾ كذا قال في التذكرة وفي (جامع المقاصد) أن الذي يقتضيه النظر البطلان للزوم الربا المحرم وفي (التحرير) أن الوجه الصحة وهو قضية كلام المختلف وفي (الايضاح) الاصح انه معاوضة لمخالفة الحال والمؤجل والزائد والتاقص ومعناه ان المغايرة بين العوضين ثابتة وان احدهما وقع في مقابلة الآخر فتكون معاوضة ويجوز فيها احتمال الربا وعدمه واحتمل أي في الايضاح الابراء وبه جزم في الدروس لانه ليس الا اسقاط بعض ما في الذمة وتأجيل الباقي والرواية النبوية ان كانت مما يستدل به فليستدل بها هنا ومنه يعلم وجه الاشكال وجعل منشأه في الحواشي من انه ابراء محض ومن عدم لفظ الابراء وظاهره أن لا معاوضة فيه ومما ذكر يعرف فرق المصنف بين هذه والتي قبلها انه في التي قبلها جعل الحلول في مقابلة الخمسمائة فامتنع الابراء فيها لان الابراء اسقاط محض بخلاف الاخيرة فان الخمسمائة المستقطعة ليست في مقابلة شيء والاجل المشروط نقصان آخر وهو اي الفرق ليس بشيء وفي (جامع المقاصد) أن ضعفه ظاهر واما لزوم التأجيل أن قلنا بالصحة فواضح والمخالف الشافعي فيما حكى الشهيد لا جزم بأنه ابراء من خمس مائة قال لا يلزم الاجل بل يستحب الوقا به وفي (الدروس) انه لو صالحه عن الف مؤجلة بالف حالة احتمال البطلان لانه في معنى اسقاط الاجل وهو لا يسقط باسقاطه نعم لو دفعه اليه

وليس طلب الصلح اقرار بخلاف يعني أو ملكني ولو اصطلاح الشريكان على أن لاحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صح (متن)

وتراضيا جاز وكذا لو صالح عن الحال بالموجب بطل زاد في العوض أولا اذ لا يجوز تأجيل الحال قال والفاضل حكم بسقوط الاجل في الاولى وثبوته في الثانية عملا بالصلح اللازم (قلت) لا ريب انه لا يجوز بيع درهم حالا بدرهم مؤجلا ولو يوما أو اقل حيث يقدر فيلزم القائلين بجريان الربا في الصلح منع المثاليين وما باله في جامع المقاصد لم يستغرب من المصنف قوله انه ابراه على اشكال مع انه سلف له انه اصل برأيه كما استغرب نحو ذلك من ولده آتفا **﴿ قوله ﴾** ﴿ وليس طلب الصلح اقرار بخلاف يعني أو ملكني ﴾ كما صرح بذلك في التحرير والدروس وجامع المقاصد واللمعة والروضة وفي (التذكرة) أن طلب الصلح ليس باقرار وانه ظاهر عندنا لان الصلح يصح مع الانكار والاقرار قد يراد به قطع الخصومة وقد يراد به المفاوضة واذا احتملها لا يحمل على الاقرار ويتم ذلك في العارف بالحكم ونسب الخلاف الى الشافعي حيث ذهب الى عدم صحته مع الانكار ففرع عليه ان طلبه اقرار لان اطلاقه ينصرف الى الصحيح وانما تصح مع الاقرار فيكون مستلزما له ويتم هذا في العارف ايضا وظاهرها اي التذكرة الاجماع على أن يعني اقرار وان المخالف بعض التافعية وانه لا خلاف بين العلماء في أن ملكني اقرار وقال في موضع آخر لو قال بعنيها أو هينها فالمشهور انه اقرار وفي معناه اجرتي واعرتي وزوجتي الجارية لو كان التنازع فيها ومعنى كونه اقرارا انه اقرار لخصمه بانه ملكه لمكان نزاعه معه وكونه تحت يده مثلا من غير معارض غير المقر والاصل عدم مالك آخر ولو خفي عن هذه القرائن لم يقد الا كونه ملكا لغير المقر في الجملة واما كونه ملكا لمن طلب منه البيع ونحوه فيه نظر لكونه اعم من كونه ملكه اذ قد يكون وكلا فيرجع الى كونه مالكا للبيع لا للبيع **﴿ قوله ﴾** ﴿ ولو اصطلاح الشريكان على ان لاحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صح ﴾ كما عبر بذلك ومثله من دون تفاوت اصلا في الشرائع والنافع والارتداد والتبصرة والسكفاية وقديهم من هذه الكتب عموم الحكم بالصحة لما اذا اشترط ذلك في عقد الشركة أو بعد العقد في اثناء الشركة وان لم يريد القسمة وليس كذلك كما ستعرف وقال الشيخ في النهاية والشريكان اذا تعاونا واصطلحا على ان يكون الربح والخسران على واحد منهما ويرد على الآخر رأس ماله على الكمال كان ذلك جائزا وهذا يفتي ان ذلك انما هو عند انقضاء الشركة واردة فسخها كما صرح بذلك في السرائر والتحرير والدروس واللمعة وحواسي الكتاب وايضاح النافع وجامع المقاصد وتعليقي الارشاد والنافع والمسالك والروضة والمفاتيح وكذا التذكرة بل في الاولين زيادة التصريح بأن صاحب رأس المال صالح الآخر على الربح والخسران والنقد والنسيئة والعروض وسلم اليه وعليه تنزل العبارات المتقدمة لانا لو لم تنزلها على ذلك وقلنا بأن الشرط المذكور كان في عقد الشركة أو بعده لما صح تسميته صلحا لانه يكون شرطا في عقد الشركة لا صلحا على الاول لانه ان أتى بلفظ الشرط فظاهر كأن يقول شاركك بشرط أن يكون الربح لك فيقول قبلت وان أتى بلفظ الصلح كأن يقول شاركك لتعمل في هذا المال وشاركك على أن يكون الربح لك فيقول قبلت فلا صلح أيضا لان الصلح من أركانه العوضان ولا عوض هنا وعلى الثاني وهو ما اذا كان بعد العقد قلت أتى بلفظ الشرط فلفظ وان أتى بلفظ الصلح

قبل المزج أو بعده لم يظهر ربح كما هو المفروض فلا صلح اذ لا عوض خصوصاً اذا كانت العين قائمة لم تمزج واذا كان شرطاً في عقدها كان مخالفاً لمقتضى عقدها لأن مقتضاه ان الربح والخسارة تابعان لرأس المال فيكون مخالفاً للكتاب والسنة فيكون فاسداً وليس هذا كاشتراط الخيار في عقد البيع ونحوه في المناقاة لمقتضى العقد لأنه لا لزوم واشتراطه يوجب التزلزل المتأني له كما تحذلق به صاحب الحدائق وذلك لأن مقتضى عقد البيع إنما هو الانتقال خاصة والزرور من صفاته وكيفياته الخارجة فاشتراط الخيار ليس منافياً لمقتضاه بخلاف الشركة اذ ليس مقتضاها سوى ما عرفت فلو شرط فيها خلافه عاد عليها بالنقض كاشتراط عدم الانتقال في البيع لكنا قد حققنا في باب الشركة ان هذا الشرط غير مناف لما والا لما ساع اشترطه حيث يكون العمل من أحدهما مع أنه يجوز اجماعاً (وقد يقال) ان اشترطه في عقدها يقضي بطلانه وصرفه الى عقد آخر وهو القرض وهو بعيد جداً كما يأتي وان قلت انه بعد العقد فقد عرفت انه لغو غير لازم اذ ليس بصلح فاشتراطه في اثناء الشركة بعد العقد والاستمرار به على الشركة لا وجه له في الاخبار وكلام الاصحاب لانه غير لازم نعم يلزم بالصلح بعد قبله أو ظهور الربح أو اشتراطه في عقد آخر لازم ولعله حينئذ يلزم منه ارادة الفسخ والقسمه كما قلوا أو العدول عن عقد الشركة الى عقد القرض فقد اتفقت الكلمة وظهر المراد من العبارات المتقدمة مضافاً الى ما سيأتي في باب الشركة لمن أطلق كالمحقق في الشرائع والنافع مما يوافق من قيد هنا لانه يذهب في باب الشركة الى عدم صحة اشتراط الزيادة لاحدها وهو أيضاً من الشواهد على تنزيل عبارتي الكتاين على ما ذكرناه ولا كذلك عبارة الارشاد والبصرة والكفاية فانه قد اختبر فيها جواز اشتراط كون الربح لاحدها في باب الشركة وفاقاً للمرتضى وغيره وقد نسب ذلك في الروضة الى الشيخ وجماعة ولا ريب ان البيئة لم تصادف محلها لانا لم نجد في كتب الشيخ في البايين ولا غيره ولا حكاة حاك غيره سوى شيخنا صاحب الرياض فانه حكى نقله معمولا على الروضة كما هو عادته نعم قال في اللعة ولو شرطاً بقاؤها على ذلك فنيه نظر ولفخر الاسلام في شرح الارشاد والمقدس الورديلي كلام يعطي ذلك سنداً من انشاء الله تعالى والاصل في الباب صحيحة الحلبي أو حسنة إبراهيم عن ابي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحاً فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين فقال أحدهما لصاحبه اعطني رأس المال ولك الربح عليك التوي قال لا بأس اذا اشترطاً فاذا كان شرطاً يخالف كتاب الله فهو رد الى كتاب الله ورواه في التهذيب عن الكنايني وفي (التهابة) عن حماد عن الحلبي الا انه قال وكان من المال دين وعين ولم يقل وعليهما دين ورواه في التهذيب أيضاً عن الحلبي الا انه قال وكان المال ديناً ولم يذكر العين ولا عليهما دين ورواه أيضاً عن داود الابزازي الا انه قال وكان المال ديناً وعينا وليس في الاخبار عموم الحكم بصورة اشتراط ذلك في عقد الشركة أو بعده وان لم يريد القسم بل الاخبار لمكان ذكر الشركة أولاً وتعبها بالقول بان الربح والخسران لاحدها وبقوله فربحاً ربحاً وقوله وكان من المال دين ظاهرة في القيد الذي قلنا ان الكلمة متفقة عليه ولعل السري في قوله عليه السلام اذا اشترطاً خلو السؤال عن بيان رضى الآخر وانما اشتمل على صدور القول من احدهما أو يكون المراد اذا تراضيا رضى يحصل به الزور كوقوعه في عقد صلح ونحوه وهذا هو الذي فهمه الاصحاب قد كروا ذلك في الباب وليس المراد انه اذا اشترط في عقد الشركة لما عرفته عنديان كلام الاصحاب لأنه على هذا يكون دالاً بمفهوم الشرط على ثبوت البأس اذا وقع في غير عقد الشركة (ومنه) ما اذا وقع بعقد الصلح عند ارادة القسمه

وهو خلاف كلام الاصحاب وفيه مالا يخفى لانه يدعي انه ليس النظر بالمفهوم الى ذلك وتحرير المقام في باب الشركة هذا وقال فخر الاسلام الرواية على خلاف الاصل لان الاصل ان يكون الربح تابعا لاصل المال ويمكن تأويلها بحمل الصلح على تملك أحد الشريكين نصيبه للآخر قرضا قال لكن يلزم من هذا التأويل انتفاء الشركة وان يكون نصيب من له رأس ماله ثابتا في الذمة لافي نفس عين المال ثم قال والاولى ان يقال انه يعمل بها في مورد النص ولا يتعدى الى غيرها وانما يكون ذلك اذا كان المال قرضا لان الانسان لا يملك ربح مال غيره كله فلا بد ان يكون على جهة القرض لان الاصحاب ذكروا ذلك اعتمادا على رواية تقريره ما ذكرناه انتهى وهو يعطي ان الشرط كان في نفس عقد الشركة ونحوه ما في مجمع البرهان من ان غاية مناقات هذا الشرط لمقتضى العقد بطلان الشركة وهو غير لازم لبطلان الشرط قد يكون ذكره في عقدها كناية عن ارادة الاقراض دون الشركة وهو مقتضى عموم أدلة الصلح وكونه بعد المعاملة وبعد ظهور الربح وكون بعض المال ديناً وبعضه عينا ليس بشرط اتفاقا على الظاهر انتهى حاصله وانت خير بانه يرد عليهما بان ذلك بعيد عن الاخبار وعن كلام الاصحاب الذين يجعلون من أركانه العوضين وعن قصد المتعاقدين المفروضين فيها اذ لا باعث لهما على لفظ صالحتك وهلا قال له اقرضك ان هذا لتجشم شديد مضاقا الى القرض لا يجوز فيه الرجوع بالعين وان كانت قائمة باقية لم تخرج ومقتضى الشركة لان كانت غير لازمة جواز الرجوع فالتائلون بهذا الشرط قائلون بجواز الرجوع فكيف يصرف الى غيره ولا يصح الاستناد في ذلك الى قوله في الدروس ولو جملا ذلك في ابتداء الشركة فالاقرب المنع لمناقاة موضوعها والرواية تدل عليه اذ الظاهر ان مراده ان الرواية تدل على المنع لاعلى الجمل وفيه تأمل ولا بد من مراجعة باب الشركة فاننا قد استوفينا فيه الكلام محردا وينبغي تقييد الحكم بما اذا علم بالربح أو جهلا به بعد ثقله في الاعراض ولو جهل أحدهما به وعلم به الآخر وأخفاء عنه فلا يصح كما تقدم وقال في (المسالك والروضة) في توجيه كلام الاصحاب ان ذلك عند انقضاء الشركة واردة فسخها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء قلت هذا يعطي ان الصلح قبل العلم بظهور الربح أو الخسران أما اذا ظهر أحدهما فالصلح بمنزلة الهبة مطلقا لأن المصالح الذي أخذ رأس المال بمنزلة الواهب عند ظهور الربح وأما عند ظهور الخسران فالآخر أيضا بمنزلة الواهب وأما في صورة الجهل فن المعلوم انهما لا يجتمعان ولا يعرف الواهب منها ظاهرا للجهل بالربح والخسران فيكون مورد الهبة والابراء ما كان مقدرا محتملا ويزيد الثاني بوردده على العين ولعله اراد ان المصالح يعني صاحب رأس المال على تقدير الزيادة يكون بمنزلة الواهب للمصالح له لكن المصالح له لما قبل الصلح سواء ربح المال أو خسر سقطت مطالبته بما قص من حصته عما في يد المصالح على تقدير الخسران فكان بمنزلة الابراء لانه لا يمكن ان الذمة يكون هبة لانه لم يصدر من الموجب المصالح قبول كما هو المفروض (فان قلت) ولا يمكن ان يكون ابراء لان متعلقه الذمة والمفروض بقاء العين في يد المصالح (قلت) قد قال الشهيد في قواعده ان معنى مقدر في المكلف قابل للالتزام والالزام الى ان قال انما هي نسبة مخصوصة يقدرها صاحب الشرع عند وجود سببها انتهى وحاصله ان الابراء محل الدين وغيره المالي وغيره ولهذا صح ابراء الكفيل من احضار المكفول فسبب تقدير الذمة هنا الشركة وهي تقتضي المطالبة بكامل الحصص واحتمال الابراء انما هو من حق المطالبة بكامل الحصص والصلح من شأنه ان يقع على المعلوم وعلى المقدّر المجهول

ولو صالح عن الدنانير بدراهم أو بالعكس صح ولم يكن صرفا ويصح الصلح على كل من العين والمنفعة بنفسه أو بخالفه ولو صالح على ثوب أثقله بدرهم على درهمين لزم (متن)

ولما احتل تقدير الزيادة هنا ورد مورد الهبة ولما احتل تقدير الخسران ورد مورد الإبراء فكان المراد بالذمة هنا امكان الاستحقاق في الواقع وبالإبراء إسقاط حق المطالبة الذي هو له في الظاهر كإسقاط الدعاوي والإيمان وإن كان المدعى به عينا لعدم ظهور كونها للمدعى فليحظ هذا كله وليتأمل فيه جيدا وقد عرفت أن الصلح أصل برأسه فلا حاجة إلى هذه التنزيلات والتكلفات الساقطة وتحرير كلام الأصحاب في المسئلة من متفرقات هذا الكتاب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صالح عن الدنانير بدراهم أو بالعكس صح ولم يكن صرفا ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان وظاهر التذكرة الإجماع عليه وفي موضع آخر منها لا يشترط في الصلح عن الأثمان ما يشترط في بيع الأثمان عندنا والمخالف الشيخ في المبسوط وأبو علي فيما حكى عنه قال في (المبسوط) إذا صالحه من دراهم على دنانير ومن دنانير على دراهم صح الصلح وهو فرع الصرف فما صح فيه صح في الصلح وما بطل فيه بطل فيه إلى أن قال إن قبضها قبل أن يفارقه جاز وإذا قبض البعض وفارقه قد بطل الصرف فيما لم يقبض ولم يبطل فيما قبض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح الصلح على كل من العين والمنفعة بنفسه أو بخالفه ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان لانه بإفادته فائدة البيع صح على العين وإفادته فائدة الإجارة صح على المنفعة والحكم في المجانس والمخالف فرع ذلك والأصل في ذلك الأصل وعموم أدلة الصلح بل يصح بذلك (١) ما هو أعم من ذلك كالصلح على الحقوق كحق الشفعة والحيازة وأولوية التحجير والسوق والمسجد كما تقدم وبه صرح في أكثر ما تقدم بين أو منفعة أو حق آخر مالي والضابط فيما يصالح به وعنه أنت يكون عينا أو منفعة أو حقا ماليا كما تقدم عند شرح قوله وما يتصلحان به إلى آخره والمراد بالجنس كل ما يدخل تحت اللفظ الخاص مع الاختلاف في الوصف كاتواع الخنطة والشعيرة وبه يفرق بين الجنس والمثل الذي راده في اللمعة ويصح الصلح على الثمرة والزرع قبل بدو الصلاح والحاصل أنه يصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ عوض عنه سواء جاز بيعه أم لا كما في التحرير وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صالح على ثوب أثقله بدرهم على درهمين لزم ﴾ وصح الصلح بغير خلاف كما في السرائر وعندنا كما في التذكرة وهو المشهور كما في الحواشي واللمعة والدروس قال في الأخير لأن مورد الصلح الثوب وهو الذي قواه في المبسوط واستقر رأيه عليه وهو خيرة الشرائع والتذكرة والارشاد والمختلف وظاهر اللمعة والحواشي والروضة وجمع البرهان والكفاية التردد كما أنه استشكل في الدروس ومنع من صحته في الخلاف وجامع المقاصد والمسالك وهو المحكي عن القاضي وبه حكم في المبسوط في أول كلامه ثم قوى الأول كما عرفت فما حكى عنه في الدروس وغيره لم يصادف محله (وقال في التحرير) إن صالحه عن الثوب بأكثر من قيمته جاز وإن صالحه عن القيمة لا يصح (قلت) صريح المجوز والمأنم أن الصلح عن الثوب وقد سمعت ما في الدروس

﴿ الفصل الثاني في تراحم الحقوق ﴾ يجوز اخراج الرواشن والجناح ووضع الساباط واستجداد الابواب ونصب الميازيب في الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة وان عارض مسلم (متن)

نعم المحكى من عبارة القاضي صريح في أن الصلح عن القيمة وعبرة الخلاف والقيمة يحتمل الأمرين قال في (الخلاف) اذا ألتف رجل على غيره ثوبا يساوي دينارا فأقر له به فصالحه على دينارين ولم يقل صالحه عن الثوب ولا عن القيمة ونحو القيمة لكن تحليل الخلاف يقضي بالقيمة (حجة المجوزين) الاصل وعموم أدلة الصلح وان الثوب والحيوان يثبت في النعمة مثلها في الاتلاف فكان الصلح على مثلها صرح بذلك في التذكرة ولعله أراد ما في المختلف من أن الصلح وقع على الثوب قال في (المختلف) سلمنا انه وقع على القيمة ولا ربا هنا لانه انما يتحقق في البيع خاصة (وحجة الخلاف) أن الواجب قيمته بدلالة ان له مطالبته بها ويجبر صاحب الثوب على أخذها والقيمة هنا دينار واحد ولو أجزنا أن يصالحه على أكثر كان فيما للدرهم بأكثر وذلك ربا لا يجوز وفي (التذكرة) ان الكل ممنوع ولم يستبعد في جمع البرهان ضمان القيمي بمثله (قلت) المشهور المعروف أن القيمي يضمن بقيته وما جاء ضمانه بمثله كخبر القصة فقامي كما تقدم فيما أظن ويبقى الكلام في أن الربا يعم الصلح أم لا وقد تقدم ولعلم أن بعض المجوزين هنا يقولون ان الربا يعم الصلح وغيره

﴿ الفصل الثاني في تراحم الحقوق ﴾

﴿ قوله ﴾ يجوز اخراج الرواشن والجناح ووضع الساباط واستجداد الابواب ونصب الميازيب في الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة وان عارض مسلم ﴿ كما صرح بذلك في السرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهذا ما بناء على انه لا فرق بين هذه الخمسة والا فليس في السرائر أولا الا ذكر الرواشن ثم انه ذكر بعد ذلك السقايف وليس في السرائر الا ذكر الرواشن والجناح وأضاف اليهما في الدروس الساباط (وفي السرائر) ان المسلمين من عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الى يومنا هذا وهو ستة سبع وثمانين وخمسمائة لم يتناكروا فيما بينهم ذلك هذا كلامهم في الصلح واحياء الموات وأما كلامهم في الديات فهي (المبسوط والنافع والتفصيل) الاجماع على جواز نصب الميازيب الى الطرق المسكوكة وفي (السرائر) نفى الخلاف فيه بين المسلمين وانه لم ينكر ذلك أحد بحال وعليه عمل الناس كما في السرائر قديما وحديثا من غير مخالف كما في المسالك وكشف اللثام وظاهر الاصحاب وغيرهم الاتفاق على ذلك كما في المسالك أيضا (قلت) ولا خلاف الا من ظاهر الشيخ في النهاية وصريح ابن حمزة في الوسيلة ويمكن حمل كلامهما على ما اذا كان مضرا كما بينا ذلك في باب الديات وقال في ديات (الخلاف) ان مخرج الجناح والساباط ليس لاحد معارضته ولا منعه واستدل عليه بالاصل وبالسيرة وبميزاب العباس وسقيفة بني ساعدة وبالاجماع وبذلك صرح المحقق والمصنف وغيرها وحكي عن القاضي والمخالف الشيخ في صلح الخلاف والمبسوط وابن زهرة في صلح الغنية فمنها منه وان لم يضر اذا اعترضه مسلم وقواه في ديات المبسوط وحكاها في صلح المختلف عن القاضي (واحتج) عليه في صلح الخلاف والغنية بأن الطريق حق لجميعهم فن أنكر واحد منهم لم يجوز

أن ينضب على حقه وأنه لا خلاف أنه لا يجوز أن يملك شيئاً من القرار والهوى تابع للقرار وأنه لو سقط قتل أو أتلّف لزمه الضمان بلا خلاف ولو كان ذلك جائزاً لم يلزمه ضمان واستدل عليه أبو حنيفة بأنه كما لو بنى دكة في المسكوك وكل ذلك ليس بشيء أما أولاً فإن لنا أن نقول ليس لاحد في هذه الطرق ملك ولا حق عام بل الناس شرع فيها في الانتفاع بها في جميع ضروب الانتفاع ما لم يمنع من الانتفاع الموضوع له وإن كان غير المرور أو المرور في بعض الاوقات فإنه يمنع من مرور آخر ولو كان ذلك كسائر الحقوق للزم عدم جواز التصرف بغير المرور بل المرور الا باذن الجميع لان المفروض أنه حق لهم مشترك بينهم وقد أكدوا وشددوا عدم جواز تصرف الشريك بدون اذن شريكه حتى بالليل من ترابه ثم ان الكافر أيضا حق المرور صريح به في التذكرة فلا وجه للقصر على المسلم سلمنا ان لهم حق المرور لكن المفروض عدم تضرر أحد به من المسارة فالمانع معاند وأما قوله لا خلاف أنه لا يجوز أن يملك شيئاً من القرار والهوى تابع للقرار فإنه بالمعنى المراد هنا ممنوع في الاصل والفرع ودليله الاجماع واستمرار الطريقة وقد جوزوا كما سيأتي عمل سرداب في الطريق اذا أحكم أزجه ولم يحفر الطريق من وجهها فيكون المراد من معتقد نفي الخلاف أنه سلمناه أنه لا يملك القرار والهوى فلا يجوز له يمه والصلح عليه ولا منع غيره منه ان بنى روشنا تحت أوفوقه لانه انما ملك الروشن لا قراره وهواه لانه مأذون في الانتفاع وليس ملزوما للملك واباحة السبب لا تسقط الضمان كالتأديب والعلابة والبيطرة وبل الطين في الطريق لحاجته وطرح القمامة والثراب فيه وقشور البطيخ ونحوها كبول دابته فإنه يباح ذلك كله بشرط السلامة والمخالفون في المسئلة قائلون بالضمان في هذه المذكورات والحاصل أن الاصل في الفعل الساتع ائدي يرفع الضمان ما خلى عن جميع المفاسد ووجوه القبح القرية الحصول فأمل جيداً (وأما) قياس أبي حنيفة فهو مع الفارق بوجود الضرر في الدكة للاعشى ونحوه وعدمه فيما نحن فيه هذا وتقييدهم بالمارة يقضي بأنه لو حصل ضرر على الجار بالاشراف على عياله لا يمنع من ذلك الاصل وعموم ما يدل على التصرف فيما خلقه الله تعالى خرج ما اذا أضر بالمارة ويؤيده أن الممنوع منه التطلع على عورات الناس لا التمكن منه وأنه يجوز له مثل ذلك في ملك نفسه لكنه قال في التذكرة لو تضرر جاره بالاشراف فالأقرب ان له المنع لانه قد حصل به الضرر بخلاف ما لو كان الوضع في ملكه فإنه لا يمنع وان حصل الضرر الى أن قال ولست أعرف في هذه المسئلة بخصوصها نصاً من الخاصة ولا من العامة وانما صرت الى ما قلت عن اجتهاد ولعل غيري يقف عليه أو يجتهد فيؤدي اجتهاده الى خلاف ذلك وهذا كمال انصاف منه وقد شنع بذلك الاسترأبادي وغيره من متحذقة الاخباريين على المجتهدين ومراده بالاجتهاد هنا الاستنباط من الأدلة العامة كخبر الضرر لانه انما نفى عثوره على الخبر الخاص وقد عرفت أن الممنوع عدم الاضرار بأهل الطريق لانه موضوع للاستطراق أما اعتبار عدم الاضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه بل قالوا أنه لا يمنع مما يضر بغير من يعتاد سلوكه خاصة فضلاً عن غير المار والجار خارج عن ذلك كله وحد عدم الاضرار أن يكون على صفة لا تناله الاجمال الثقال الجافية والكنائس والماريات على الجمال كما في المبسوط حكاه عن قوم وقال انه الاصح وزاد كاشف الثام أن لا يظلم عليهم الطريق وحكى في المبسوط عن قوم تجديد ذلك بأن لا يناله رمح الفارس اذا كان منصوباً قلت هذا اعتبره في التذكرة قال المرجع في التضرر وعدمه العرف ويختلف بحال الطريق فان كان ضيقاً لا يمر فيه الفرسان والحوافل وجب رفعه بحيث يمر المار متصباً والمحمل مع الكنيسة المنصوبة

أما لو كانت مضرة أو أظلم بها على الأقوى أو كانت في المرفوعة فانه لا يجوز (متن)

على رأسه على البعير لانه يتفق ذلك وان كان نادرا وان كان متسعا تمر فيه الجيوش والاجال وجب أن لا يضر بالسيارات والكنائس وأن يتمكن الفارس من المرفوعة ورجحه متصب لا يلبسه لانه قد تزدحم الفرسان فتحتاج الى أن تنصب الرماح قال وقال بعض الشافعية لا يقدر بذلك لانه يمكنه وضع الرمح على عنقه بحيث لا ينال رجمه أحدا وليس مجيد لان في ذلك تسرا ونفى الشهيد في الدروس ما في التذكرة للندرة وسهولة الميل وقواه في المسالك واستجوده في الكفاية وأنت خير بأن الطريق اذا كان ممرا للجيوش والفرسان الكثيرة لا يبعد اعتباره ولا يندفع بالندرة ولا بإمكان اماله على وجه لا يلبسهم اذ قد لا يمكن الامالة لزدحام الفرسان وكثرهم فان أماله حينئذ أضرب بالفارس أو الفارس ولا ريب انه أحوط ومع الاعتقاد يجب كما في مجمع البرهان والخاص انه فرق بين أن يكون لهم حق المرور وتندر الحاجة الى نصب الرماح وبين أن لا يكون لهم حق ويندر المرور وحد عدم الاضرار بالميزاب أن يكون غالبا لا يضر بالمارة والرواثن جمع روشن وهو الكوة كما في (الصحاح والقاموس) والكوة بالفتح والضم والتشديد الثقب في الحائط غير نافذة والروشن والجناح يشتركان في اخراج خشب من حائط المالك بحيث لا يصل الى الجدار المقابل ويبنى عليهما ولو وصل فهو الساباط وربما فرق بينهما بأن الجناح يضم فيه الى ما ذكر أن يوضع له أعمدة من الطريق وفي (القاموس) الساباط سقفة بين دارين تحتها طريق وفسر الجناح بالروشن وعن الازهري أن الروشن الرف وقد بينا ذلك كله في باب الديات ~~قوله~~ (أما لو كانت مضرة أو أظلم بها على الأقوى أو كانت في المرفوعة فانه لا يجوز) أما عدم الجواز في المضرة بالمارة فما لا ريب فيه عندهم كما عرفت وفي (موات التحرير) لو كانت مضرة وجب ازالتها اجماعا ولعله يدخل فيه ما اذا ظلم بها الطريق واما اذا ظلم بها الطريق فلا قوى عند المصنف عدم الجواز ولعل مراده الظلمة الغير المزية للضياء بالكلية وهو خيرة التحرير والمختلف والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك واقتصر في الشرائع على قوله قيل لا تجب ازالتها (وقال في المبسوط) فان ادى الى ان يظلم الطريق لم يكن ذلك اضرارا ولا يمنع من المشي وقد حكى ذلك عن موضع من الخلاف فكان مخالفا ولعل اطلاقه منزل على الظلمة الغير المزية للضياء بالكلية لانه قد حكى الاجماع في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وظاهر الكفاية على انه اذا ذهب الضياء بالكلية منع ولا تغفل عن اجماع التحرير وقد لا يكون الشيخ مخالفا عند التأمل ولعل المراد بذهاب الضياء أو بعضه ما هو أعم من ان يكون في بعض أوقات المرور أو كلها ليلا أو نهارا لكل أحد أو لبعض الناس كضعيف البصر والضرر أعم من أن يكون لخوف المعتاد أو اتلاف شيء من المار ولا يندفع بوضع السراج اذ قد لا تذهب الظلمة به وقد ينطفي وقد يموت واضعه ولا يفعله وارثه وتبطل العبادة فيه ان قلنا انه غاصب وان قلنا ان الأمر بالشيء يقضي النهي عن ضده الخاص وان هذا النهي مفسد للعبادة بطلت صلوة واضعه في غيره وصلوة القادر على ازالته فانه يجب عليه من باب الأمر بالمعروف الا ان نقول انما تجب ازالته على الواضع والسلطان كما تشير اليه عبارة التذكرة والمسالك لم تكن المشقة والعسر نعم يجب على غيرها أمره واعاقته وأما عدم جوازها لو كانت في الطرق المرفوعة فواضح لانها مملوكة لا رباب الابواب فيها فهم محصورون فلا يجوز لاحد التصرف فيها بدون اذن الباقيين ~~قوله~~

ولو أذن أرباب الدرب المرفوع أو فتح روزنه أو شباكاً جازوا ذنهم اعارة يجوز الرجوع فيها (٥٠ تن)

﴿ولو أذن أرباب الدرب المرفوع أو فتح روزنه أو شباكاً جازاً﴾ لا بحث في الجواز مع الاذن كما هو واضح وأما الجواز لو أراد فتح روزنه أو شباكاً فكذلك وقد نص عليه في الشرائع والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد مع التصريح في الآخرين بالجواز وإن لم يأذنوا أو نهوا لأنه إنما يتصرف في جداره ولا ضرر عليهم ~~قوله~~ ~~﴿~~ واذنهم اعارة يجوز الرجوع فيها ~~﴾~~ كما في الضية والتذكرة والدروس والمسالك وفي الثاني نفى العلم بالخلاف فيجوز له الرجوع فيه لكل واحد منهم متى شاء وتبطل بموته وخروجه عن التكليف باغماء أو جنون وهل يجب عليه الأرض لأنه سبب في اتلاف مال الغير أم لا وجهان وهل يجوز اجراء الماء عن سطحه إلى الدرب المرفوع إذا لم يكن من أربابه لعل الظاهر الجواز لأن لكل أحد التصرف في ماله بما شاء وإن كان سبباً لضرر غيره فله جمل سطحه بحيث لا يبقى فيه الماء وله أن يحدده حيث أمكن ولكن لهم أيضاً منعه فلم يملك بكل ما يمنعهم ويبقى الكلام في بيان الدرب المرفوع والظاهر أنه الذي لا ينتهي إلى طريق آخر أو موضع مباح يجوز استطراده كان يكون متبهاً إلى ملك التبر أو المباح لغير الاستطراق سواء كان مسدوداً بمحائط ونحوه أولاً بل منتهياً إلى مالا يجوز المشي فيه ولعل المراد من أربابه من له إليه باب نافذ على وجه شرعي لا من كان حائطه فيه (وقد يقال) أنا نمنع أن الطريق المرفوع ملك لأربابه إذا كان مستند الملك مجرد كونه مسدوداً وإن ابوابهم شاردة إليه وأنه محل ترددهم قال في (التذكرة) يجوز لكل أحد الاستطراق في الطرق النافذة على أي حال شاء من سرعة وبطء وركوب وترجل ولا فرق بين المسلم والكافر وأما الطرق المقطوعة فكذلك مع إذن أربابها ولو منع واحد منهم أو منعوا بأسرهم فالأقرب عدم المنع لأن لكل أحد دخول هذه الزقاق كدخول الدرب النافذ وهذا صريح في أنها ليست ملكاً لكنه قال وفيه أشكال الأقرب أن جواز دخولها من قبيل الآيات المستندة إلى قرائن الأحوال فإذا عارضه نص المنع عمل به أما الجلوس وادخال الدواب إليها فالأقوى المنع إلا مع إذن الجميع وانت خبير بأن اعتماد جميع الناس على هذه الآيات مشكل لأن كل أحد يدخل هذا المرفوع من غير إذن أهله ويقف فيه ويدخل إليه أحماله ودوابه ويبيع فيه التبن والحشيش ولو لم يكن سابقاً لورد المنع منه ولو عن بعض العلماء ولو كان ذلك لتقل إلينا بالعاده بل لو كان ملكاً لما جاز لبعض أهلها ذلك إلا برضا الجميع لما شددوه في التصرف في المال المشترك من دون إذن الشريك ولو توقف على إذنهم للزم الحرج العظيم بل لو كان موقوفاً على إذنه والذهاب إليه فيه لدار بل قد يصرح بعضهم بالمنع ولا يرد ذلك لو كان مملوكاً لهم بوجه شرعي وقد قال في (التذكرة) أيضاً وهل يشترك جميعهم في جميع السكة فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم أم شركة كل واحد تختص بما بين رأس السكة وباب داره لأن محل تردده هو ذلك المكان ومروره فيه دون باقي السكة فحكم ما عدا ذلك حكم غير أهل السكة وهو أظهر وجهي الشافعية والوجه الثاني لهم أن الاستحقاق في جميعها لجميعهم لأنهم ربما احتاجوا إلى التردد والارتفاق بجميع الصحن لطرح الأثقال ووضع الأحمال عند الإخراج والادخال ولعل الأظهر عندهم هو الأظهر لأنه أي الدرب مأخوذ من التصرف والتردد وليس إلا إلى بابه والأصل عدم شركته في الباقي وهذا صريح أو كالصريح في أن ليس هناك ملك وإنما استحقاق تردد وتصرف ولكن سيأتي فيما إذا صالح واضح

ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير الاستطراق دفعا للشبهة ويجوز الصلح بينه وبين
أرباب المرفوع على أحداث روشن وشبهه على رأي (متن)

الروشن أرباب الدور على وضعه انهم جميعاً ما لكون جميع ذلك الدرب المرفوع وقال ان قسمة الصحن
وسد الباب انما هو انما اذا لم يكن في السكة مسجد فان كان هناك مسجد قديم أو حديث فالمسلمون
كلهم يستحقون الطروق اليه وكذا لو جبل بعضهم داره رباطاً ومدرسة أو مستراحاً لم يكن لاحد
منعه ولا منع من له المرفوعة وهذا اصرح وقال في (التذكرة) ان سبب الشارع امور ثلاثة مثل أن
يسبل أحد ملكه لذلك أو تبنى قرية أو بلدة في مباح فخلوا بينهم شارعاً أو بنى واحد حائطاً وآخر
في محاذاته وتخليا بينهما دريا وشيئ منها ليس بملك لصاحب الحائط وان سد آخره ومجرد السد معلوم
انه ليس بملك وقال في (التذكرة) الطريق محدود بسبع أو خمس هذا لمن تشاح عليه أهل الدور
المتقابلة ولا عبرة بغيرهم ولو اتفقوا على الوضع أضيق في الابتداء جاز وليس لاحد الاعتراض عليهم
وطلب التوسعة فيه وانهم اذا وضعوه على حد السبع لم يكن لهم بعد ذلك تضييقه وكلامه هذا يشمل
ما اذا كان مرفوعاً ولو كان ملكاً لجاز لهم كل ما يتفقون عليه بعد البناء وقال المقدس الاردبيلي كل
ما ثبت بالاجماع أو النص من عدم التصرف في هذه الزقات مثل ما اذا كان مضراً فهو ممنوع
وأما غيره فلا حتى يثبت من غير فرق بين المرفوعة والمسكوة (قلت) لكن المعروف من مذهب
الاصحاب من دون خلاف كما يفصح عنه كلامهم في الشفعة وغيرها أن الطرق المرفوعة ملك لأربابها
وهو الذي نص عليه الأكثر في باب احياء الموات ويظهر من جملة ذلك أنه غير مملوك وعلى القول
بأنه مملوك فملكه ليس كسائر المملوكات لان أكثر لوازم الملك فيه متفية فملكه كملك حريم القرية
ملك على حده كما أوضحناه في بابه ~~قوله~~ ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير
الاستطراق دفعا للشبهة ~~كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح والارشاد وشرحه~~
لولده والدروس وجامع المقاصد والمسالك وهو الذي يقتضيه اطلاق الغنية وقد فني عنه الخلاف وقال
في (الكفاية) قالوا ومرادهم بالشبهة ما قاله في المبسوط من ان فتحه في الجملة دلالة على الاستطراق وثبوت
الحق في ذلك الزقاق أي وخصوصاً اذا مضى عليه مدة وماتت الشهود فكان فيه مفسده ولك ان
تقول انه استدلال بما هو محل النزاع والمراد بفتح لغير الاستطراق فتحه للاستئذاة قال في (التذكرة)
ويمحتمل ان يمكن من ذلك لانه لو رفع جميع الجدار لم يكن لأحد منعه فلأن يمكن من رفع
بعضه أولى (قلت) فرق بين رفع الجدار وأحداث الباب لكان الشبهة في الثاني نعم لنا ان نقول ان
في منع الانسان من تصرفه في ملكه شبهة لعلها تحدث نظراً ظاهراً لكن المحقق الثاني والشهيد الثاني
رياء بالضعف وهو عندنا قوي خصوصاً اذا قال كما في التذكرة انا اسره بحيث لا يفتح ولا فرق في
هذا الحكم بين الذي لاحق له في الطريق المذكور كالجار الملاصق له بحائطه وبين من له باب فيها
اذا اراد أحداث باب آخر أدخل من بابه لا شترأكما في عدم استحقاق المرور في المله الذي فتح
فيه الباب ~~قوله~~ ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على أحداث روشن وشبهه
على رأي ~~موافق للسرائر فيما حكى لاني لم أجده والتحرير والتذكرة والايضاح والخواشي والدروس~~
وجامع المقاصد والمسالك وفي (التذكرة) أنه أظهر عندنا وشرط في الدروس تعيين المدة وجعله في التذكرة

وليس لنيرهم مع رضاهم الاعتراض ولكل من له الاستطراق فيه ازالة ما أحدثه بنير اذنه
ولذي الدارين المتلاصقتين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما (متن)

أولى ولا نجد له وجها الاجمله فرع الاجارة فليتأمل فيه وشرط في التحرير كونه معلوم القدر في الخروج
والملو والمخالف الشيخ في المبسوط والقاضي فيما حكى عنه وابن زهرة تافيا فيه العلم بالخلاف قالوا لا
يجوز لان فيه افراد الهوى بالبيع وهو مبني على أن الصلح فرع البيع ومنه أن الهوى تابع فلا يفرد
بالمال صلحا كما لا يفرد به بيعا وما زاد في الشرائع على قوله قيل لا يجوز لانه لا يصح افراد الهوى
بالبيع وفيه تردد (قلت) وليس في محله لانه حق مالي متعين المالك فجاز الصلح عليه واخذ العوض عنه
ونمى مانعة التبعية من الانفراد بالصلح بخلاف البيع لانه لا يتناول الا الاعيان والصلح هنا وقع عوضا
عن الوضع مدة او دائما (وكيف كان) فقد تسالمت المحصوم على خلاف ما في المسالك من جواز بيع
الهوى منفردا لكن هنا اشكالا وهو انهم قالوا اذا كان في المرفوعة بابان احدهما ادخل بمعنى انه آخر
بالنسبة الى اول المرفوعة فصاحبه شريك مع الاقدم من اول المرفوعة الى بابه وانه شريك معه في
الفاضل في آخر المرفوعة الى الموضع الذي يكون بعد الباب الآخر الذي هو باب الادخل وهو مختص
بما بين البابين (والحاصل) ان الادخل مختص بما بين البابين وهما شريكان في الطرفين وقالوا انه يجوز
لكل من الادخل والا قدم اخراج بابه مع سد الاول وعدمه لا الادخال بل احتل في التذكرة
والكتاب جواز الادخال وقضية كلامهم الأول ان هذا روشن المحدث ان كان خارجا عن جميع الابواب
فهو حق لم أجمع وان كان داخلا عن بعضها لم يتوقف على اذن الخارج لان ما بين البابين مختص بالداخل
فانما يتوقف على اذنه فقط وقضية كلامهم الثاني انه يجوز لاحد اخراج روشن ونحوه من دون اذن
ويأتي تمام الكلام **قوله** ﴿ وليس لنيرهم مع رضاهم الاعتراض ولكل من له الاستطراق
فيه ازالة ما أحدثه بنير اذنه ﴾ لانه تصرف في حقه بنير اذنه فكان له ازالته ولا فرق بين أن يأذن
الباقون ام لا ويبقى الكلام فيها اذا جعل بعضهم داره مسجدا أو مدرسة أو رباطا فان المسلمين
كلهم يستحقون التردد الى هذه وهم غير اهل السكة فهل لهم الاعتراض مع رضا اهل السكة وهل لهم
ازالة ما أحدث بنير اذنه اذا لم يكن مضرا في المستثنين احتمالا **قوله** ﴿ ولذي الدارين
المتلاصقتين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد
والمسالك وجمع البرهان لانه يستحق المرور في كل واحدة من السكتين ورفع الجدار الجائل بين الدارين
وجعلهما دارا واحدة جائز بلا خلاف كما في المبسوط واجمعا كما في التذكرة وجامع **زقاق غير نافذ**
المقاصد فتح باب من احدهما الى الأخرى بطريق أولى اذ هو عبارة عن رفع بعض
الجدار فليس لاحد من اهل واحدة من السكتين منعه وتصويره هكذا
ولم يعرف المنع الا من الشافعية في احد قولهم لان ذلك يثبت له حق الاستطراق
من الدرب الذي لا ينفذ الى دار لم يكن لها طريق منه وذلك ربما ادى الى اثبات **زقاق غير نافذ**
الشفعة في قول من اثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الأخرى (قلت) وينبغي أن
يزيدوا (يريدوا خل) أن ذلك على تقدير القول بثبوتها مع الكثرة قال في (التذكرة) وهو غلط
لان له رفع الحاجز الكلية فرغ بعضه أولى والمختار لازم فيما اذا رفع الحائط مع انه لا يبطل حق

وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر ونفرد الا دخل بما بين البابين ويتشارك في الطرفين (متن)

الشفعة أتت والدي ينبغي أن يقال ان كل دار على ما كانت عليه في استحقاق الشفعة بالشركة في الطريق ولا يتعدى الى الاخرى ومتى صار فيها استحقاق المرور في طريقها تبعاً للكون الثاني والدار التي هو فيها لا الاولى ﴿ قوله ﴾ (وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر) لعله يريد انه اذا باع احدي الدارين بشرط بقاء مجازة فيها ثم بيعت دار في درجتها قبل يستحق الشفعة فيها حينئذ أن اثبتناها مع الكثرة نظر أو يريد انه لو بيعت دار في احدي الدارين قبل يشفع فيها بسهمين لأن له دارين ويكون وجه النظر في الاول من حيث انه يستحق المجاز منها الى الدرب ولا نفي بالمجاز الا ذلك ومن حيث انه لا باب لها فيه والاستحقاق انما هو للدار الاخرى لا لها وهذا هو الذي صححه في الايضاح قال ولا وجه عندي للاول ومنه يعلم وجه النظر في الثاني مع زيادة التردد في توزيعها على السهام واحتمل بعض الناس ان يكون المراد في استحقاق الشريك الشفعة لو باع ذو الدارين احدهما نظر من تخيل تكثر الشركاء باعتبار تكثر النصيب ومن تخيل عدم التكثر بذلك ومنهم من احتمل ان المراد أن في حدوث استحقاق الشفعة لكل من الشريكين في الدارين المرفوعين بالنسبة الى الدار الاخرى اذا باعها هو أي صاحب الدارين نظراً ينشأ من التردد في كون ذلك موجبا للاشتراك وعدمه (قلت) لعله لا بد في هذا من التقييد بعدم اشتراط سد الباب بينهما فان شرطه فله لا مجال للشفعة وقال في (جامع المقاصد) ان هذا لا يستقيم الا على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة وقال ان المراد أن في بقاء استحقاق الشفعة بسبب الاشتراك في الطريق حينئذ نظراً ينشأ من التردد في كون ذلك موجبا للاشتراك في الطريق من الجانبين الموجب للكثرة وعدمه ولعل (ولعله خ) اراد بالوجه الاول أن ذلك موجب للاشتراك الموجب للكثرة فلاشفعة بناء على المنع منها مع الكثرة وبالتالي أن ذلك لا يوجب الاشتراك الموجب للكثرة لان الكثرة انما هي هنا باعتبار دارين فلم تزد الشركاء باعتبار كل واحدة عن اثنين والمانع انما هو هذا وفيه مالا يخفى واحتمل في جامع المقاصد أن يكون معنى العبارة وفي بقاء استحقاق صاحب الدارين المفتوح بينهما باعتبار كل منهما الشفعة على شريكه في كل من الدارين المرفوعين لو باع داره وقتنا باستحقاق الشفعة بمجرد الاشتراك في الطريق أو كانت الداران مشتركتين ثم تميزتا بالقسمة وبقي الطريق نظراً ينشأ من أن مجاز تلك الدار في درب يشاركه فيه آخر غير الشريك في هذه الدرب فكثير الشركاء فينتفي استحقاق الشفعة حينئذ بناء على أن المنع منه مع الكثرة ومن أن شركته مع ازيد من واحد انما هي باعتبار دارين فلم يزد الشركاء باعتبار كل واحدة على اثنين (قلت) قد عرفت أن الشفعة على ما كانت عليه قبل فتح الباب وان فتحه لا يوجب ثبوت الاستحقاق بواحدة من الدارين في طريق الاخرى ولا بد فيها اذا كانت الداران مشتركتين ثم تميزتا من ان يفرض الاشتراك في الطريقين لكل من الدارين قبل القسمة فلما حصلت القسمة سد ما بينهما ثم طرأ فتح الباب والا فلو كان الاشتراك حادثاً بعد القسمة لا يعتد به في الشفعة ثم انه لا يستقيم الا على القول بثبوتها مع الكثرة لان الشريك على هذا الفرض متكثر على أن المفروض ان هنا دارين لاحق لاحدهما في درب الاخرى وقد فرضت سبق اشتراك الدارين في الطريقين ﴿ قوله ﴾ (وينفرد الا دخل بما بين البابين ويتشارك في الطرفين) يريد انه

ولكل منهما الخروج يابه مع سد الاول وعدمه فان سده فله العود اليه (متن)

لو كان في زقاق يا بان لرجلين احدهما ادخل من الآخر افرد الا دخل بما بين البابين وتشاركهما
الطرفين وهذا مثاله

باب الداخل	باب الخارج
دار	دار

واما ان الاول يتفرد بما بين

البابين فهو المشهور كما في التذكرة والمسالك وجامع المقاصد مع زيادة في الاخير وهي أن عليه الفتوى وفي
(الدروس) عليه متأخروا الاصحاب وهو الاشهر كما في الكفاية لان مقتضي لاستحقاق الخارج هو
استطراده ونهايته بابه فلا يشارك الداخل في الداخل لان حكمه بالنسبة الى هذا الزائد على بابه حكم الاجنبي
وقد عرفت حال هذا الدليل فيما سلف وقوى في الدروس مشاركته للأدخل فيما دخل عن بابه لاحتياجه
الى ذلك عند ازدحام الاجمال ووضع الاقال وفي (جمع البرهان) انه الظاهر ونظر فيه في جامع المقاصد بانه
لا يلزم من الاحتياج الشراكة وانما مقتضي الملك هو الاحياء فاذا وضع الباب على وجه معين لم يكن لاستحقاقه
فيما دخل عنه وجه انتهى فتأمل ثم انه قد يقال انه لو كان ما استدلوا به من الاستطراق دليل الملك لكان
الفاضل في آخر المرفوعة ملكا للآخر فكيف يقولون بانه مشترك كما يأتي ثم أن ما بين البابين قد يكون
واسعاجدا ولا يمر الأدخل الا ببعضه وقد يكون في مقابلة باب فيشكل اختصاص كل منهما بما يحاذي
بابه لعدم الامتياز وعدم الدليل المذكور واما انهما يتشاركان في الطرفين ففي التذكرة انه المشهور وحكاها
أي الشهرة في المسالك على مشاركتهما في المجاز ولم يحكما في الصدر وبشاركهما في الطرفين صرح
في الشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك لا شراكهما في الارتفاق فلا أولوية
لواحد على غيره بخلاف ما بين البابين لان ادخلة الباب تقتضي الاستطراق وهو مختص بالمستطرق
فيتحقق الترجيح واستشكل فيه في المسالك على القول باختصاص الداخل بما بين البابين لتوقف الانتفاع
حينئذ بالفضلة على استحقاق السلوك اليها فاذا لم يكن للخارج حق السلوك لا يترتب على تصرفه الفاسد
ثبوت يد على الداخل ودفعه بان ثبوت ملك شيء لا يتوقف على مسلك له ومع ذلك فيمكن دخول
الخارج الى الفصلة بشاهد الحال كسلوك غيره ممن لا حق له في تلك الطريق به فاذا انضم الى ذلك
اشتراكهم جميعا في التصرف وفي الفضلة حكم باشتراكهما بينهما ولا يرد مثله في المسلك بين البابين
حيث يجوز للخارج دخوله بذلك لان الداخل له عليه يد بالسلوك المستمر عليه الذي لا يتم الانتفاع
بداره الا به بخلاف الفضلة فان يدهم فيها سواء اذ لا تصرف لهم فيها الا بالارتفاق وهو مشترك انتهى
والمناقشة فيه مجال ولكن الخروج عما عليه الاصحاب مشكل جدا ويمكن التخلص عن جميع ما ذكرنا
بما لعله به ينتهي الاشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولكل منهما الخروج يابه ﴾ كما في المبسوط والشرائع
والتحرير والارشاد وغيرها وفي (التذكرة) انه المشهور لان كل ما خرج عن بابه فله فيه حق وله حق
التصرف في جداره برفعه اجمع فبعضه أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ مع سد الاول ﴾ قطعا كما في التذكرة
﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدمه ﴾ عندنا كما في التذكرة ولا يمنع تكرار الابواب لعدم تفاوت الحال
﴿ قوله ﴾ ﴿ فان سده فله العود اليه ﴾ كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد لان حقه الثابت

وليس لاحدهما الدخول ويحتمله اذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائط اجمع وليس للمعاذني في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وان استوعب الدرب (متن)

لا يسقط بسد الباب ولا بالاسقاط **قوله** **﴿** وليس لاحدهما الدخول **﴾** أي ببابه عن موضعه كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك لانه لا حق لاحدهما فيما دخل عنه (قلت) اما الخارج فالامر فيه واضح لانه لما لم يكن له حق فيما جاوز مجازة الى داخل لم يكن له الدخول الا باذن الداخل واما الداخل فاقصى ما يمكن أن يقال في توجيهه بان تملك المباح انما يقع على الوجه الذي اتفق فانه كان له فتح بابه ابتداء الى أي الجهات شاء فلما احبي ما حوله منع منه فتأمل هذا ولعل الحال في الميزاب كالحال في الباب **قوله** **﴿** ويحتمله اذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائط اجمع **﴾** أي يحتمل جواز الدخول لكل منهما وقد احتمله في التذكرة والتحرير وظاهرهما أو صريحهما بقريئة ما قبله وما بعده ان المراد جواز الدخول مع الاستطراق وفي (جامع المقاصد) أن هذا بعيد جدا قال العبارة تحتمل أن يريد جواز الدخول بالباب من غير استطراق وان يريد مع ذلك جواز الاستطراق وهو بعيد جدا والوجه الاول من الوجهين لو تم ثل على الثاني بخلاف الوجه الثاني وستعرف أن الثاني يدل على الاول باللازم والوجهان قد استدلل بهما ايضا في التذكرة الاول انه قد كان له ذلك في ابتداء الوضع بخيرا بين وضع الباب داخلا وخارجا والاصل بقاء ذلك وضعف في جامع المقاصد والمسالك بان تملك المباح انما يقع على الوجه الذي اتفق فانه قد كان له فتح الباب من أي الجوانب شاء وقد امتنع عليه الآن لسبق من حوله بالاحياء على فتحه وهذا جيد بالنسبة الى الخارج لانه يقدم بابه الى موضع لا استطراق له فيه لانه مختص بالداخل وغير واضح بالنسبة الى الداخل ثم انه قد لا يتم على ما فهمه في جامع المقاصد من العبارة من جوازه من غير استطراق ثم انه قد يقضي باختصاص من حوله به وانه لا شركة له معه فتأمل (الثاني) ان جمل الباب أدخل عبارة عن رفع بعض الجدار ورفع جميعه جائز فبعضه أولى وضعفه في جامع المقاصد بأن رفع الجميع لا يتطرق اليه شبهة استحقاق الاستطراق بخلاف جمل الباب أدخل قال وعليه رفع الجميع قد يتطرق اليه شبهة كون الطرف الادخل كله أو بعضه داخلا في ملكه قلنا ليس الرفع هو المحصل لهذه الشبهة نعم غير ما نع بخلاف الباب فانه هو السبب في الشبهة ثم قال ولا خفاء في ضعف هذا الاحتمال (قلت) اذا كان الفاضل مشتركوا قد حوزوا اخراج الباب في المشترك فليجوزوا ادخال الباب للادخل لانه في المشترك الا أن تقول انه قد يمضي الى الاختصاص على تطاول الزمن لانه قد تقرر عندهم أن الداخل يختص بما بين البابين ثم على تقدير تسليم الفرق بين فتح الباب ورفع الحائط كله ان كان المراد هو جواز الفتح من دون استطراق كما فهمه هو كانا سواء في كونهما غير ما نعين واتهما ليسا محصلين للشبهة فليتأمل ثم ان منع المالك من التصرف في ملكه لشبهة قد تعرض في مال مشترك مما يستبعد جدا وخصوصا على ما فهمه من فتح باب لتبر الاستطراق فتدبر هذا وفي (الايضاح) ان هذا الاحتمال ذكره المصنف على سبيل البحث لانه محتمل عنده هكذا قال المصنف في درسه وقال هو لا وجه لهذا الاحتمال عندي **قوله** **﴿** وليس للمعاذني في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وان استوعب الدرب **﴾** كما هو حاصل كلام المبسوط والارشاد وصريح الشرائع والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية لان حق الطريق النافذ غير

فإن خرب جاز لمقابله المبادرة وليس للأول منه ويجوز جعل الدار اثنتين ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطرافه وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس إلا على احتمال (متن)

مختص بأصحاب الدور فلم يكن للجار المقابل ولا لغيره الاعتراض على وضع الروشن أو فتح الباب فيها وإن استوعبا عرض الدرب بحيث صار بمكانه لم يبق للجار موضع فيه لوضع روشن ولا فتح باب إذا لم يضر بالمارة ولم يضع شيئاً منه على جدار المقابل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فإن خرب جاز لمقابله المبادرة وليس للأول منه ﴾ كما صرح بذلك في المبسوط وما ذكر بعده آتياً لأن الأول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه فلما خرب بناؤه زالت الأولوية وعاد الأمر كما كان وشبه ذلك في التذكرة وغيرها رجل جلس في مكان مباح كمسجد أو درب نافذ ثم قام عنه أو أقيم قهراً وقالوا إن الأول يزول حقه من الجلوس ويكون لغيره الجلوس في مكانه وليس للأول ازعاجه وإن أزعج الأول فكذا هنا بل في التذكرة والمسالك لو فرض أن الثاني أخرب روشن الأول ووضع روشنه لم يكن للأول أن يزول الثاني وإن كان الثاني ضمن ارش الأول واكتسب الأثم وحكى في التذكرة عن بعض الشافعية أنه إنما يزول حقه بالأعراض لا بالهدم والانهيار كالجالس في المباح للأولوية (قلت) قول بعض الشافعية قوياً جداً فيما إذا أقامه من مكانه قهراً أو هدم روشنه كذلك وهو جار في كل أولوية بل قد تقول بطلان صلوته في ذلك المكان وهذا هو الذي استوجهه في جامع المقاصد في باب أحياء الموات وقال لم أجده بهذا الفرع تصريحاً وكأنه غفل عن كلامهم في الصلح وقد مال إليه في الروضة والمولى الأردبيلي قوى قول بعض الشافعية على إطلاقه وقال أنه ليس بأقل من التحجير قلت قد ذكر جماعة من الأصحاب أن حق أولوية التحجير لا تسقط بتغليب غيره فراحه أن هذا مثله لأنه أقاده أولوية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز جعل الدار اثنتين ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطرافه ﴾ كما في التذكرة والتحرير لأنه قد تقدم أن له أن يفتح لداره في الدرب المرفوع باباً آخر إلى صدر الدرب في الموضع الذي له استطرافه فإذا جعل الدار الواحدة اثنتين ثم فتح باباً للآخرى في موضع استطرافه لم يكن منه مانع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس ﴾ كما في التذكرة وتصويره أنه لو كان له دار لها باب في زقاق غير نافذ ولها حائط في شارع أو زقاق نافذ فأراد أن يفتح باباً في حائطه إلى الشارع جاز له لأنه يريد أن يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه (وعاك قول) أن في ذلك اضراً بأهل الدرب المرفوع لأنه كان منقطعاً وفتح الباب يصير الدرب نافذاً مستطرقاً إليه من الشارع (لا نقول) أنه يفتح الباب حير داره نافذة وأما الدرب فإنه على حاله غير نافذ إذ ليس لأحد غيره استطراق داره ولو انعكس الحال وكانت باباً في الشارع وله حائط في المنقطع فأراد فتح باب للاستطراق فقد قدم أنه ليس له ذلك إذ لاحق له في درب قد تعين مالكه وفي (الدروس) يجوز العكس على الأقوى وهل يجوز لمن داره في صدر المرفوع أن يرفع جداره (جداره خل) ويجعل المرفوع نافذاً كما جاز له أن يجعل داره مسجداً احتمالاً وقد يفرق بين ذلك والمسجد ﴿ قوله ﴾ ﴿ (على الاحتمال) ﴾ أي لا يجوز العكس إلا على الاحتمال السابق من جواز ادخال الباب في المرفوع نظراً إلى أن ذلك كان له في ابتداء الوضع وإن له رفع الجدار (فرعان الأول) في التذكرة والدروس يجوز عمل سرداب في

والجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف وطرح خشب وغير ذلك ولا تجب عليه الاعارة بل تستحب ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع وبعده على الأقوى لكن مع الارش (متن)

الطريق الناقد اذا أحكم أزجه ولم يحفر الطريق من وجهها ولو كان في المرفوع لم يجوز وان أحكم الا باذنهم (الثاني) لو جعل المقابل روشنا تحت روشن مقابله أو فوقه قبل السابق منه قال في (الدروس) لم أقف فيه على كلام وقضية الاصل عدم المنع الا أن يقال لما ملك الروشن ملك قراره وهواه وهو بعيد لانه مأذون في الانتفاع وليس ملزوما للملك ﴿ قوله ﴾ والجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف وطرح خشب وغير ذلك ﴿ اجماعا كما في التذكرة وعليه دل العقل لانه قاض بقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه ﴿ قوله ﴾ ولا تجب عليه الاعارة بل تستحب ﴿ هذا عندنا موضع وفاق كما في المسالك وحكى في التذكرة عن بعض الشافعية ان الجار ان يضع جندعه على جدار جاره وان امتنع أجبر فيجب عليه القبول لما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره وهو محمول على الاستحباب ان سلمنا صحته والا فالعقل والنقل قاضيان برده أما الاول فلما تقدم من قبح التصرف في مال الغير وأما الثاني فلقولهم عليهم السلام الناس مساطرون على أموالهم ولا يحمل مال امرء الا بطيب نفس منه (وأما) دليل الاستحباب فهو ما دل على قضاء حوائج المسلمين وما جاء من الوصية في حق الجار حتى كاد يظن أن يورثه الى غير ذلك ﴿ قوله ﴾ (ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع) مجانا قطعاً كما في التذكرة واجماعاً كما في التحرير والمسالك وبغير خلاف عندنا كما في مجمع البرهان ﴿ قوله ﴾ وبعده على الأقوى لكن مع الارش ﴿ كما في الشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك وعارية الكتاب والايضاح وجامع المقاصد لانه عارية ولان الاصل جواز تصرف المالك في ملكه كيف شاء والحاقه بالدفن قياس مع الفارق لتحريم نبشه دون اضرار البناء (وأما الارش) فلا أنه بناء محترم صدر بالاذن فلا يجوز قلمه الا بعد ضمان قصده ولان فيه جمعا بين الحقيين ولانه سبب الاتلاف لاذنه والمباشر ضعيف لانه بالامر الشرعي والشهيد في الدروس كأنه متردد قال قيل جاز له الرجوع فينقضه لانه أعاره ويحتل المنع من النقص لانقر الحاصل به فانه يؤدي الى خراب ملك المستعير نعم تكون له الاجرة فيها بعد الرجوع قلت قال في (التذكرة) انه يثبت له الخيار بين القلع مع الارش وبين التبقية بالاجرة ان رضي صاحبه ومثل ذلك ما اذا أعاره خشبة وبنى عليها ونحو ذلك وقال في (المبسوط) لم يكن له الرجوع مادامت تلك الجذوع باقية لان المقصود بوضعها التأييد والبقاء دون القلع فان بليت وانكسرت بطل اذن المعير وقد حكى ذلك عن القاضي وهذا قول لبعض الشافعية قالوا لا يستفيد به القلع ولا طالب الاجرة في المستقبل وهذا القول امله قوي متين والا لزم الضرر العظيم الذي لا ينجبر بالارش لانه ينخرب ملكه وقد لا يجد من يبنى له وقد يكون لولم يمره جداره أو خشبته كان يسهل عليه تحصيل غيرها ولا يعارضه أن المنع أيضا ضرر على المالك لانه أدخله على نفسه اذ العادة قاضية بأن مثل هذه العارية دائمة ولا عاقل يرتكبها بدون الدوام فكأنه قال له أعزني مادام خشبي باقيا وليس لك الرجوع قبله وقد أعاره والتزم بذلك فكانت كالعارية للدفن ولا يجدي الفرق بأن النباش حرام

على اشكال ولو اتهم افتقر الى تجديد الاذن (متن)

وانه قياس لتقبيح العلة المشتركة وظهورها ولا فارق اذ على تقدير جواز الرجوع لا يكون التبش حراما بل يكون مستثنى كغيره من المستثنيات الكثيرة على انا قد قول الاصل في العقود لزوم خرجت منها العارية في غير محل النزاع بالاجماع وبقي الباقي ثم انا اذا سلمنا جواز الرجوع متى شاء فلامعنى لوجوب الارش لان المستعير قد أدخل الضرر على نفسه باقدامه على العارية القاضية بالرجوع القاضي بالتهديم والتخريب في أي وقت شاء فكان هو المهتم والسبب مع ان الاصل براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره على تخلص ملكه منه بل اصالة البراءة مطلقا فليتأمل في ذلك كله جيدا ونمام الكلام في باب العارية وهذا كله اذا لم يؤد الى خراب ملكه كما اذا استعار الجدار ليضع طرف خشبه عليه والطرف الآخر على ملكه فان المصنف فيما يأتي في العارية والمحقق وغيرها ترددوا وجماعة جزموا بعدم جواز الرجوع وآخرون جزموا بجوازه ﴿ قوله ﴾ ﴿ على اشكال ﴾ أي يرجع مع الارش على اشكال ولم يرجع هنا كوله في الايضاح والشهد في الحواشي ومنشؤه مما قدم من انه بناء محترم الى آخره ومن انه انما أذن له عارية ومن خواصها الرجوع متى أراد مع اصالة براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره كما تقدم آقا وقد أطبقوا في باب العارية على كلمة واحدة على لزوم الارش من دون تردد ولا اشكال وعلى تقدير ثبوت الارش فهل له عوض ما نقص من آلات الواضع بالمهدم أو تفاوت ما بين العامر والخراب وجهان منشوئها ان البناء اذا كان محترما فهو بهيته حق لبانيه فيكون جيره بتفاوت ما بين كونه عامرا وخرابا لان ذلك هو نقص المالية وبه جزم في تعليق الارشاد وقال في (جامع المقاصد) انه لا يخلو عن قوة وفي (المسالك) انه اقوى لأن جميعه مال للواضع غاية كونه موضوعا على ملك النير وذلك الملك انما أثر جواز النقص لا المشاركة في المالية ومن ان نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار فلا يضمنه وانما يضمن نقصان مال النير الذي كان سبب اتلافه وفواته ولم يرجع الشهيد في الدروس والحواشي واحتمل المقدس الاردبيلي ثالثا وهو عوض جميع ما اخرج المالك في المهدوم بسبب أخذ خشبه بهد وضع قيمة الآلات الموجودة فدخل فيه اجرة الأكار وغيرها قال وهو الأظهر وهو كذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اتهم افتقر الى تجديد الاذن ﴾ ان كان المراد اتهم المهدم والخشب والآلات كان الحكم المذكور صريح المبسوط والخلاف والتذكرة لكن الظاهر ان المراد اتهم الجدار وعليه فالحكم المذكور صريح المبسوط أيضا والشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير والمختلف والدروس والمسالك وجمع البرهان والكفاية وظاهر التذكرة الاجماع عليه وستسمع عبارتها وفي (المسالك) أن كثيرا من الاصحاب لم يذكر فيه خلافا (قلت) وبه جزموا في باب العارية ودليله أن الاذن انما كانت بالوضع على هذا الجدار الخاص ومن المعلوم أنه بعد عوده غيره فلا تشمل الاذن ولا فرق في ذلك بين أن يكون البناء الثاني بالآت المهتم أولا أم لا كما صرح به جماعة في الباب وباب العارية قال في (التذكرة) لو اتهم الجدار فبناه بتلك الآلة افتقر الى اذن جديد ولشافية وجهان ولو بناء بغيرها لم يعد الوضع الا بأذن جديد عندنا وعند الشافعية قولاً واحداً وظاهرها ان لا خلاف عندنا في ذلك وان الخلاف في القسم الأول فقط للشافعية قطع وانهم يوافقونا في الثاني لكنه قال في الشرائع فيه قول آخر وفي (المختلف والمسالك) أنه للشيخ في المبسوط وهو أنه لو اتهم الجدار كان للمعير

ويجوز الصلح على الوضع ابتداء بشرط عدد الخشب ووزنه ووقته (متن)

تقضى وانه ان أعاده بآكته الاولى لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف وان أعاده بغيرها كان له منعه وقال في (المختلف) أيضاً مع ان الشيخ قال أولاً لو أنهدم الحائط أو هدمه المستعير لم يكن له الاعادة الا بأذن مستأنفه وأي فارق بين الموضعين سوى مباشرة المدم في الثاني دون الاول وتلك لا توجب دوام الاعادة بل قول أبلغ من ذلك وهو أن المالك لو هدم الحائط من غير حاجة لم يكن للمستعير الاعادة وان وجب عليه الارش ان قلنا به انتهى (قلت) الشيخ تعرض للمسئلة في ثلاثة مواضع من المبسوط في الصلح فرض في موضعين منها تلف الخشب وانكسارها وانهدام السقف أو تعدد المستعير قلمه وفرض في الموضع الثاني كونه شريكاً في الجدار وأذن له الشريك وقال في الموضعين انه ليس له اعادة الخشب الا بأذن جديد وفرض الموضع الثالث وهو الذي ذكره في المختلف فيما اذا ملكا الدار ورأيا الخشب على الحائط ولا يعلمان على أي وجه ثم أنهدم السقف قال فانه ليس لصاحب الحائط أن يمنعه من رده لأنه يجوز ان يكون قد وضع بموضع فلا يجوز الرجوع فيه بحال بلا خلاف فان أراد صاحب الحائط تقض الحائط فانه ينظر فان كان الحائط صحيحاً منع من تقضه لانه يريد اسقاط حق المستعير وان كان الحائط مستهدماً كان له تقضه وينظر فان أعاده بتلك الآله لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه وان أعاده بغير تلك الآله كان له منعه وقيل ليس له منعه والا أول أقوى انتهى ولعله أراد انه من المحتملات ان يكون باعه آلات الجدار وشرط عليه ان يضع خشبه عليها مائة سنة أو مدامت باقية ان جوزناه أو صالحه أو نحو ذلك فلا يكون مخالفاً ولا يرد عليه ما في المختلف فليتأمل ثم انا قد وجدناه وقد تعرض لها ايضاً في العارية وفرض فيها انكسار الجذع وقال انه ليس له اعادة الاخر قوله ويجوز الصلح على الوضع ابتداء بشرط عدد الخشب ووزنه ووقته اما جواز الصلح على وضع الخشب مع عده ووزنه فقد صرح به في المبسوط والتذكرة والارشاد والدروس ومجمع البرهان والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك غير ان في الاربعة الاخيرة التقييد بالابتداء كالكتاب ليحترز عما لو وقع عليه الصلح بعد البناء فانه لا يعتبر حينئذ الا تعيين المدة لصيرورة الباقي معلوماً بخلاف ما اذا لم يبين لتفاوت الضرر ولا ضابط يرجع اليه عند الاطلاق واقتصر في المبسوط على اشتراط عدد الخشب ووزنه وزيد طوله في الشرائع والتحرير والارشاد وتعليق الارشاد والمسالك ومجمع البرهان ولعله لا اختلاف ضرر الحائط باختلافه في الطول وان اتفق وزنه قلت المدار على رفع الجهالة وقد ترك فيها كلها ذكر المدة والوقت ولا بد مع ذلك من ذكرها وضبطها كما في الكتاب والدروس وغيرها ودليل المسئلة مع الشرائط المتبعة في المعاملات التي ترفع بها الجهالة والفرر عموم ادلة الصلح بل لا يبعد كما في مجمع البرهان اشتراط تعيين المحل الذي يوضع عليه طولا وعرضاً وعمقا وهذا اذا كانت الآلات غائبة ولو كانت مشاهدة كفت المشاهدة عن كل وصف كما في المبسوط والدروس وجامع المقاصد والمسالك وكذا مجمع البرهان ولكن لا بد من تعيين المدة وهذا في الخشب اما في الآجر والابن فيكفي فيها العادة كما صرح به في التذكرة وغيرها ولو كان الصلح على البناء على حائطه زيادة عليه افتقر الى ذكر الطول وسلك البناء صرح به في المبسوط وغيره ولا اختلاف ضرره باختلافهما وان كان الجدار جدار مسجد ونحوه لم يجوز لأحد البناء عليه ولا الوضع بدون اذن الحاكم

ولو كان مشتركا لم يكن لاحدهما التصرف فيه بتسقيف وغيره الا باذن شريكه ولا يجبر
أحدهما على الشركة في عمارته لو أنهدم ولو هدمه فالأقوى الأرض ولا يجبر على عمارة
الدولاب والبئر وغيرها (متن)

قطعا كما في الدروس وفي جواز اذنه بموض حيث لا ضرر على الموقف وجان اقواهما عدم كما في الدروس
وهو قضية اطلاق كلام التحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان مشتركا لم يكن لاحدهما التصرف فيه
بتسقيف وغيره الا باذن شريكه ﴾ كما في المبسوط والخلاف والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد
والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرها وهو واضح بل في التذكرة وغيرها انه ليس
لاحد الشركاء التصرف فيه بشيء من وجوه الانتفاعات حتى ضرب التودد وفتح الكوة بل ليس
له أخذ أقل ما يكون من ترابه ليترب به الكتاب بدون اذن جميع الشركاء وفي (الدروس) انه ليس له حك
شيء من آلاته حجرا كان أو آجرا ولا الكتابة عليه وقالوا انه له الانتفاع به بالاستناد اليه أو اسناد
المتاع مع انتفاء الضرر وفي (التذكرة وجامع المقاصد والمسالك) انه لو منع المالك حرم لانه نوع تصرف
بإيجاد الاعتماد لانه خلاف الاستغلال وفي (الدروس) ان الأقرب ان ليس له المنع اذا كان المجلس
مباحا كما هو المفروض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو أنهدم ﴾ كما في
المبسوط والخلاف وسائر ما ذكرناه بعدها أنفا مع زيادة الكفاية وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث
نسبه الى علمائنا وفي (المسالك) لا كلام فيه ودليلهم الاصل السالم عن المخرج عنه مضافا الى ما في التذكرة
بخلاف الحيوان ذي الحرمة لتعلق غرض الشارع بالانتفاع به وان اجباره على عمارته أما لحق نفسه وهو
باطل لانه لا يجبر قطعا لو انفرد به أو لحق غيره فكذلك لانه لا يجبر الانسان على عمارة ملك النير كما
لو انفرد به النير والحاصل ان المخالف الشافعي في القول القديم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو هدمه فالأقوى
الأرض ﴾ كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك وفي (التحرير) لو قيل به
كان وجها وفي (المبسوط والشرائع والارشاد) ان عليه اعادته وحكاه في المسالك عن التذكرة وليس كذلك
اذ الموجود في نسختين منها ما ذكرناه وفي (الدروس والمواشي) ان عليه اعادته لو أمكنت المائلة كما في
جدر بعض البساتين والمزارع والا فالأرض (وجه الاول) ان ضمان المثل انما يكون في المثل والجدار
قيمي على ان العين موجودة والزائل انما هو الصفة فعليه ارض ما بين قيمته منهدما ومعمرورا كما في الحواشي
وبغيرها (وفيه) انه قد يكون قيمته بعد الهدم قليلة جدا وقيمة الجدار الصحيح كثيرة جدا فتأمل قلل
الاولى على القول بالأرض ان يكون ما يصرف في بنائه بمثل البناء الاول كما نبه عليه في مجمل البرهان
فالجدار وان كان قيميا باصطلاحهم الا ان العرف قد يقضي بالمائلة في بعض الجدران اذ المطلوب منه
كونه حائلا ومانعا ولا يريدون في مثل ذلك الا المائلة في الجملة مؤيدا بما عرفت من حال الأرض
فتفصيل الدروس لا بأس به ولكن جماعة في باب النصب لم يذكروا في مثل ذلك الا الأرض
﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجبر على عمارة الدولاب والبئر وغيرها ﴾ كما في المبسوط والخلاف والشرائع
والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية ولا فرق بين كون المشترك ذاغلة
تفني غلته بعمارة وغيره عند الاصحاب كما في المسالك والمخالف بعض العامة فحكم باجبار الشريك على
المساعدة في هذه المذكورات دون الحائط فارقا بينها بان الشريك لا يتمكن من المقاسمة فيضربه

ولو اتفرد به أحدهما لم يمنع (متن)

بمخلاف الحائط فإنه يمكنه قسمته مع شريكه وقسمة عرصته وردبان قسمة العرصة والحائط قد تكون أكثر ضرراً فكانا سواء **قوله** ﴿ولو اتفرد به أحدهما لم يمنع﴾ أي اتفرد بالبناء أو العمارة على اختلاف النسخ كما في المبسوط والتحرير وهو قضية كلام التذكرة لأنه نفع وإحسان في حق الشريك حيث يسر له حائطه ولا يفرمه في فقته ولا ضرر عليه بوجه وفي (جامع المقاصد والمسالك) أن الأصح والأقوى توقفه على أذنه واحتل ذلك قويا في الدروس أن بناء بالآلة المشتركة مع اشتراك الأساس لأنه مال مشترك فيمتنع التصرف بدون إذن الشريك وقوى من دون توقف التوقف على أذنه أن بناء بالآلة من عنده ففرق بين الأمرين والأقوى التوقف مطلقاً فإذا امتنع حيث لا ضرر عليه بل يكون في ذلك نفع وإحسان إليه رفع أمره إلى الحاكم لجبره على الإذن أو المساعدة فإن امتنع إذن له الحاكم بدون أجره لأنه إذا لم يجبره على العمارة لا يجبر على الاتفاق وفي (المبسوط والتحرير والتذكرة) حيث اختير فيها أنه لا يمنع أنه له بناؤه باقتضاه وبآلات من عنده فإن بناء باقتضاه فالحائط على الشركة وإن بناء بآلات من عنده فالحائط للباني (وفيه) أن الآلات إذا كانت مشتركة كيف يجوز له التصرف فيها بالعمارة من دون إذن المالك وفي الثلاثة أيضاً أنه لو بناء باقتضاه لم يكن للشريك تقضه ولا للباني (وقد يقال) أنه لو طالبه الشريك بهدمه أمكن وجوب الإجابة لأن تصرفه في الآلات كان بدون إذن وربما تعلق غرضه بها وطلب قسمتها كذلك وفي الثلاثة أيضاً أنه أن بناء بآلات من عنده فالباني تقضه وليس للشريك ذلك ولا له وضع خشبة ورسومه عليه (قيل) إذا كان الأساس مشتركاً كيف لا يكون له تقضه وهو خيرة الدروس وجامع المقاصد (قلت) إذا حصل للشريك ضرر عظيم بعدم عمارته فله دفع الضرر عن نفسه يئناؤه من آلة من عنده فإذا بناء على وجه شرعي كان مستحق البقاء مملوكاً له فليس للشريك تقضه ولا وضع خشبة ورسومه عليه فكان كلام الشيخ والمصنف أوفق بأصول المذهب وفي الثلاثة أيضاً لو أراد الباني التقض حيث يكون الآلات من عنده فقال أنا أدفع نصف قيمة البناء ولا تقضه لم يجبر وفي (التحرير) أنه لو قال أنا أن تأخذ نصف قيمته لا تنفع بوضع خشبي أو قلمه لتعبد البناء لزمه الإجابة وقيد في التذكرة بما إذا كان له رسم خشب عليه لأنه لا يجوز للباني إبطال رسوم بنيانه ولعله مراد التحرير وهو خيرة الشيخ في المبسوط وقد حكى عنه في الدروس والمسالك أنه خير الشريك الغير الباني بين مطالبته بهدمه وإعطائه نصف قيمة الحائط قالاً والتخير في ذلك للباني لا للشريك (قلت) الموجود في المبسوط أن قال الشريك الباني أنا لا أقضه وأمنك من الانتفاع به فقال شريكه أنا أعطيك نصف قيمته وأعبد رسمي من الخشب كان له ذلك ويقال للباني أنت بالخيار بين أن تأخذ منه نصف قيمة الحائط وبين أن تقضه حتى تعبد جميعاً حائطاً بينكما لأن قراره مشترك بينكما وله حق الحمل عليه ولا يجوز لك الانفراد به انتهى وهو صريح فيما حكيناه مخالف لما حكياه وكيف كان فعلى القول باعتبار أذنه لو خالف الشريك وعمر قبل لشريكه تقضه الظاهر أن له ذلك سواء كان بناء بالآلة أو بغيرها أما الثاني فلأنه عدوان محض وتصرف في أرض الغير إلا أن يضطر إلى ذلك كما تقدم وأما الأول فمع أنه تصرف في الأرض والاقتراض وتغيير لميئته ووضع الذي كان عليه بهيئة أخرى مغصوبة أو كالمغصوبة أنه ربما تعلق غرضه بآلاته ولا يلتفت إلى أن هدمه له تصرف في مال شريكه الذي

ولا يجبر صاحب السفلى ولا العلوى على عمارة الجدار الحامل للعلو ولو طلبا قسمته طولا أو عرضا جاز (متن)

بناء لانه يزيد الوصول الى حقه ولا احترام لما وضعه عدوانا فتأمل وفي (جامع المقاصد) لو اراد احد الشريكين الاضرار بصاحبه في الجدار والقنا والدولاب ونحوها فإن امتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يتمتع الانتفاع بدون جميعها فليس يعمد أن يرفع امره الى الحاكم لينخير الشريك بين عدة امور من بيع واجارة ومواقفة على العمارة وغير ذلك من الامور الممكنة في ذلك عملا بقوله صلى الله عليه وآله وسلم لا ضرر ولا ضرار ولأن في ترك جميع هذه الامور اضرار للمال وقد نهى عنها قال ولم اظفر هنا بتصريح فينبغي أن يلح أنتهى (قلت) من الوجوه الممكنة افراد الشريك بالعمارة وقد صرح به من عرفت من دون اذن الحاكم  قوله  ﴿ ولا يجبر صاحب السفلى ولا العلوى على عمارة الجدار الحامل للعلو ﴾ قال في (التذكرة) لو كان علو الجدار لواحد وسفلها لغيره فأنهم لم يكن لصاحب السفلى اجبار صاحب العلوى على مساعدته في اعادة السفلى لاصالة البرائة وكذلك ليس لصاحب العلوى اجبار صاحب السفلى على اعادة السفلى لينبغي عليه عند علمائنا وفي (المبسوط) نفى الخلاف في الاول وفي (الدروس) لا يجبر صاحب السفلى ولا العلوى على بناء الجدار الحامل للعلو ولا على جدار البيت الا أن يكون ذلك لازما بقدر وبهذا القيد جزم في جامع المقاصد وعليه انه في مثله في المبسوط لكن في التذكرة لو كان له سباط استحق وضعه على حائط غيره فأنهم لم يجبر احدهما على العمارة وللشافعية قولان وقضيته عدم اعتبار القيد فيما نحن فيه وفي (التحرير) لو طلب صاحب العلوى البناء لم يكن لصاحب السفلى منه وهذا يوافق ما سلف له في الجدار من انه اذا افرد احدهما بالعمارة لم يمنع كما تقدم ويمكن حمله على ما اذا كان حمل جدران العلوى واجبا والا اشكل فيما اذا كان الاساس ملكا لصاحب السفلى أو مشتركا كما تقدم بيانه  قوله  ﴿ ولو طلبا قسمته طولا أو عرضا جاز ﴾ أي لو طلب كل من الشريكين في الجدار قسمته طولا أو عرضا جاز وبه صرح في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد وظاهر الاخير الاجماع عليه حيث قال جاز قطعا وتأمل في قسمته عرضا في التحرير والقسمته تحصل بنشر الحائط وبالعلامة ووجه الجواز فيهما بالنحوين أن لهما هدمه كله اذا تراضيا عليه فاذا تراضيا على قسمته على وجه مخصوص جاز لهما ذلك بالاولى ولا اثر لحصول النقص بالنشر لو اختاره ووجه ما في التحرير ما قاله فيه قال لو اتفقا على قسمته عرضا احتمل جوازه لانحصار الحق فيهما وعدمه لعدم تميز نصيب احدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون صاحبه فانه لو وضع خشبة على احد جانبيه كان قله على الحائط اجمع ومعناه ان وضع خشبة على نصيبه موجب لتعدي الثقل والتحمل الى الآخر وفيه انها اذا تراضيا على ذلك فلا مانع ثم ذلك يجدي فيما اذا طلب احدهما القسمة كذلك وامتنع الآخر فانه لا يجبر لذلك كما يأتي والمراد بطول الحائط امتداده من زاوية من البيت الى الزاوية الاخرى أو من حدة من ارض البيت الى حدة آخر من ارضه وليس المراد ارتفاعه عن الارض فان ذلك عمقه وبعرضه هو سطحه الذي يوضع عليه الجنوع والمراد بالقسمة طولا هي القسمة في كل الطول ونصف العرض وهذه صورتها  وقسمته عرضا هي القسمة في نفس الطول وكل العرض وهذه صورتها  فلو كان طوله عشرة وعرضه ذراعين واقتسم في كل الطول ونصف

ولا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض وكذا في نصف الطول
وكل العرض (متن)

العرض ليصير لكل واحد ذراع في طول عشر جاز وكذا لو اقتسماه في كل العرض ونصف الطول
ليصير لكل واحد منهما طول خمسة في عرض ذراعين وبآتي الكلام في الفرعة وهذا الذي حكناه
في القسمة هو المذكور في التذكرة والدروس وجامع المقاصد ويأتي عن المبسوط عكس ذلك فسمى
قسمة الطول قسمة العرض وبالعكس وكلام التحرير في قسمة عرصة الحائط يوافق اصطلاح المبسوط
قوله ~~ولا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض وكذا في نصف~~
الطول وكل العرض كما في التحرير وجزم في التذكرة بعدم الاجبار في الاول وقال في الثاني أن انتهى
الضرر عنهما أو عن الممتنع أحبر عليهما وإن تضرر الممتنع لم يجبر ومقتضى كلام الدروس الاجبار أيضاً
على القسمة مع انتفاء الضرر في الثاني وقد نفى عنه البعد في جامع المقاصد وفصله في عبارة الكتاب
بقوله وكذا أملة يشعر بأنه أضعف في الحكم من الاول ولا ترجح في المبسوط لأنه قال في الخامس
من قال لا يجوز الاجبار على قسمة الحائط طولاً وعرضاً وفي الناس من قال يقسم طول المائتين ولا يقدم
عرضه على حال لأن قسمته لا تصور ووجه عدم الاجبار في الاول أنه لا أمثلة على هذا القول أن
لا يحصى عن العرض في التخفيض لأن المروءة عدم نوافذها والاحد بعد فرعه ولا تراخي
مناف للقسمة ولا يظهر له في الشرع والفرعة ربما وقعت لأحدهما على الشق الذي يلي الآخر فلا يمكن
من الانتفاع بما وقع له ولعدم إمكان فصل كل سهم عن الآخر لأنه إن اكتفى المائتين أعني خذوا
السهمين كان نداء أحدهما على نصيبه موجباً للعدي العمل والتعامل إلى الآخر وإن كان السهمين
الجار وثلاثة قسمة قسمة روجه عدم في الثاني أنه لا فصل بالعلامة لزم تدرج العمل إلى الآخر وإن كان
الشر لزم المائتين من الجدار ولا إضرار مع الإضرار لكن هذا إلا أن من لا يفرقه قسمة
النوب المصنق والفرعة التي هي مزار القسمة ثمكها هنا في الأول ووجه ما حكاه في المبسوط من
أنه لا تصور قسمته أو وجدناه اصطلاح فيه على نسبة قسمة العرض بقسمة الطول وبالعكس كما سمع
ومينك ينه بر ما حكاه من أنه لا تصور قسمته (إذا قرر هذا) فقد إلى عبارة الكتاب ومعناها مع
ما فيها أنهم إذا طلوا القسمة طولاً أو عرضاً وتراضوا عليها فلا كلام في الحوازي ولو طلب أحدهما القسمة وأمه
الآخر مانعاً إليها المالك في كل الطول ونصف العرض أو بالعكس وأمه مع الآخر فلا حاجة إلى حال
في العبارة ولا إضرار وإن كان في إضرار مكان إضرار أو إضرار ماله قصد بذلك ما أمر الله تعالى من
الإضرار وقد حكى في جامع المقاصد عن الشهيد أنه أورد في بعض حواشيه أن القسمة المله لا وعرضها
القسمة في كل الطول ونصف العرض وفي نصف الطول وكل العرض وإذا التكرار فإنه إجاب
باختلاف المكان فإن الاول يعطي الحوازي والثاني يعطي عدم الاجبار فالفرق بينهما في ما بين العام
والخاص وقمنا في (جامع المقاصد) أن السائل والحواب إنما شئنا والموجود في عند من الحوازي
السبب في الحكم ذلك عن الخبر قال أنه قال لا فرق بين قولنا طولاً وبين كل الطول ونصف
العرض وكذا الآخر ثم حكى عن أبي وران أنه أظهر بينهما فقامت بهما لم نهمه وقال يمكن أن يراد
بالاول قسمة رأس الحائط طولاً وعرضاً مع بقاء باقية مشتركة فانهما يمدقان عليه مع عدم صدق كل

وتصح القرعة في الثانية دون الاولى بل يختص كل وجه بصاحبه ولو تعاونا على اعادة المشترك أو اعاده أحدهما بالآلة المشتركة فهو على الشركة (متن)

الطول وكل العرض فانهما لا يصدقان الا مع الانتهاء الى الارض وقدره في المبسوط على قريب من هذا في قوله بقسمة عرصة الحائط ويمكن حمله على هذه العرصة التي ذكرها في المبسوط وجعلها مقدمة على قسمة الحائط وصرح في التحرير بقسمة العرصة انتهى (قلت) الموجود في المبسوط لا يناسب شيئا مما ذكره قال في (المبسوط) اذا تهدم الحائط المشترك واراد احدهما أن يقاسم صاحبه عرصة الحائط فان اتفاقا على ذلك جازلها أن يقسمها كيف شاأ أن اراد أحدهما امتنع الآخر نظرا فان اراد قسمة الطول أجبر الممتنع منها على ذلك وقسمة الطول ان قدر العرصة ونحط في عرصتها خيطا يفصل بين الحقيقتين فاذا فعل ذلك أقرع بينهما فأيهما خرجت عليه القرعة أخذه وبني عليه بناء يختص به فأما اذا اختار أحدهما قسمة عرضه قبل فيه قولان (أحدهما) لا يجبر عليه لان القرعة لا تدخلها (والثاني) وهو الصحيح انه يجبر عليه لانها قسمة ليس فيها اضرار الى أن قال ومثال قسمة العرض أن ينحط خطا في طول العرصة فاذا كان مقدار العرض مثلا ذراعا جعل مما يلي ملك كل واحد منهما نصف ذراع انتهى فقد فرضها في المبسوط في المنهدم ولا يخفى عليك ان اصطلاحه في الطول والعرض عكس ما يتناه عليه يحمل ما حكيناه في قسمة الحائط وقال في (التحرير) لو كان بينهما عرصة جدار فاتفقا على قسمتها جاز طولا وعرضا ولو اختلفا فطلب أحدهما القسمة طولا والآخر عرضا أجبر الممتنع على ما لا ضرر فيه ولو كان فيها ضرر لم تجز القسمة ولو طلب أحدهما القسمة عرضا ولا يفي العرض بمحاططين لم يجبر الممتنع وان وفي بهما احتمال الاجبار لا تنفاه الضرر وعدمه لا تنفاه القرعة اذ بهما يحصل لكل منهما ما يلي ملك جاره فلا يتنعم به ولو أجبرناه لأجبرناه على ما يليه من غير قرعة ولا مثل له في الشرع وهذا يوافق ما في المبسوط من الاصطلاح في التسمية ولا ينفع الشهيد فيما ذكره في توجيه العبارة - ~~قوله~~ - ﴿ وتصح القرعة في الثانية دون الاولى بل يختص كل وجه بصاحبه ﴾ قد ظهر الوجه في ذلك مما تقدم - ~~قوله~~ - ﴿ ولو تعاونا على اعادة المشترك أو أعاده أحدهما بالآلة المشتركة فهو على الشركة ﴾ كما صرح بالامرين في التذكرة من غير نقل خلاف حتى من العامة وقال لو شرطا مع التعاون على الاعادة والشركة في بنائه زيادة لاحدهما فالاقوى عندي الجواز عملا بالشرط وبه حزم في التحرير قال لو كان الحائط نصفين فاتفقا على بنائه على الثلث جاز (قلت) ولعله لا بد في ذلك من مشاهدة الآلات أو وصفها ومشاهدة الارض بناء على أن الصلح أصل وان كان يغير عوض اذا المراد من الشرط في التذكرة والاتفاق في التحرير اتفقا على ذلك ووجه العلم انه شرط عوض من غير عوض لانهما متساويان عملا وجدارا وعرصة واقاضا فيكون قد استوهب سدس حصة شريكه وهبة ما لم يوجد لا يجوز وهو خيرة الشيخ في المبسوط وهو بناء على انه فرع الهبة وقد يجعل المانع عدم وجود التركيب الذي هو جزء صوري من الحائط وعدم امكان ضبطه وفيه ضعف والا لما جاز الاستئجار على البناء المقدر بالعمل وهذا لا ينافي ما سلف لنا من أنه لا يجوز الصلح على ما سيبيته بما سيبيته الآخر ويمكن أن نقول في تصحيح ما نحن فيه بالصلح بأن الشارط على نفسه قد تبرع بما يخص شريكه من عمله والشارط لنفسه غير متبرع فيشترط له في مقابلة قدره من الملك وانه اشترط سدس النقص له في الحال لا من الجدار بعد البناء لانه تعليق ملك في عين وهو ممتنع لا متاع الاجل

ولو طلب صاحب الملو عمارة السفلى بتقضى صاحبه كان له المنع ولو أعاده بآلة من عنده
فله ذلك ولا يمنع صاحب السفلى من الانتفاع بسفله لكن يمنع من الانتفاع بفتح كوة أو
ضرب وتد لو انفرد أحد الشريكين بالاتفاق على البئر والقناة لم يكن له منع الآخر من
الانتفاع بالماء ولا يجب على مستحق إجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة
سقف المجرى وإن خرب من الماء ولا على المالك إصلاح القناة لو خربت بغير سببه
ويجوز لصاحب الملو الجلوس على السقف الحائل بينه وبين السفلى وإن كان مشتركا ووضع
ما جرت العادة بوضعه للضرورة (متن)

في الملك فيصح الصلح حينئذ بلا اشكال ولو انفرد أحدهما بالعمل والآلة مشتركة وشرط لنفسه
الأكثر من الآلات والنقض صح قطعا كما في الدروس ويجري مجرى الاستئجار على الطحن بجزء
من الدقيق وعلى الارتضاع بجزء من الرقيق وعلى هذا بملك الأكثر من الحائط مينا ولو انفرد أحدهما
بالعمل والآلة بشرط أن يكون له الثلثان من الحدار فقد جمع بين البيع والاجارة لأنه قد قابل ثلث
الآلة المملوكة ونصف عمله بسدس العروة المملوكة ويشترط في صحة ذلك العلم بالآلات وبصفات
الحدار **قوله** **قوله** **قوله** ولو طلب صاحب الملو عمارة السفلى بتقضى صاحبه كان له المنع وجهه واضح
وبه صرح في الذكرة وفي (التحرير) أنه ليس له منعه فإن بناء بالاقاض فهو كما كان وإن بناء بآلة
من عنده لم يكن لصاحب السفلى الانتفاع به من طرح الخشب ورسم الوتد وله السكنى في السفلى انتهى
وقد تقدم الكلام في مثل ذلك هذا وقال في (المبسوط) ليس لصاحب السفلى مطالبة صاحب الملو بالبناء
بلا خلاف (قلت) وليس لصاحب الملو مطالبة صاحب السفلى بالبناء إلا أن يكون ذلك لازما بمقد
والنقض بالكسر المنقوض وهو آلات البناء **قوله** **قوله** ولو أعاده بآلة من عنده فله ذلك كما
في الذكرة وقد سمعت ما في التحرير وقال في (جامع المقاصد) أنه ليس على إطلاقه بل هو مفيد بما إذا
لم يكن الأساس للآخر ولا مشتركا بينهما والا لم يجوز بدون الإذن (قلت) قد تقدم بيان وجه الإطلاق
في مثل ذلك **قوله** **قوله** **قوله** ولا يمنع صاحب السفلى من الانتفاع بسفله لكن يمنع من الانتفاع
بفتح كوة أو ضرب وتد ونحو ذلك من التصرف المضعف للحدار لأنه إضرار بصاحب الملو في أمر
مستحق له كما نبه عليه في التحرير وغيره **قوله** **قوله** **قوله** ولو انفرد أحد الشريكين بالاتفاق على البئر
والقناة لم يكن له منع الآخر من الانتفاع بالماء كما في المبسوط والتذكرة والتحرير لأن الماء ينبع من
ملكهما المشترك وليس للمنفق عين مال وإنما له أثر قل الطين عنه إلا أن يكون الحبل والدار والبكرة
له فيكون له منعه من الاستقاء بهذه الآلات فإذا استأق الشريك لنفسه آلة لم يكن له منعه من
الاستقاء ومنه يعلم الحال فيما لو بناء بآلة من عنده **قوله** **قوله** **قوله** ولا يجب على مستحق إجراء الماء
في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجرى وإن خرب من الماء ولا على المالك إصلاح القناة
لو خربت بغير سببه كما في الذكرة وجامع المقاصد في الأمرين ولم ينص في الدروس إلا على الأول
لأنه لا يجب عليه أن يسقف المجرى فلا يجب عليه عمارة لو خرب بسبب الماء لأنه حصل لسبب مستحق
ولأن استحقاق الإجراء لا يقتضي استحقاق عمارة المجرى في الثاني **قوله** **قوله** **قوله** ويجوز لصاحب
الملو الجلوس على السقف الحائل بينه وبين السفلى وإن كان مشتركا ووضع ما جرت العادة بوضعه للضرورة

ولصاحب السفلى الاستكان وتعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب أما ضرب الوتد في السقف فلا ﴿فروع﴾ إذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع بخلاف الاعارة ولو خيف على الحائط السقوط في جواز الإبقاء نظر (الثاني) لو وجد بناء أو خشبة أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار في عدم الاستحقاق (متن)

ولصاحب السفلى الاستكان وتعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب أما ضرب الوتد في السقف فلا ﴿السقف المشترك يجوز لصاحب العلو الجلوس عليه ووضع الأثقال عليه على المعتاد ولصاحب السفلى الاستغلال والاستكان به لانا لو لم يجوز ذلك لزم الضرر العظيم وتعطيل المنافع وقد قرب في التذكرة انه ليس لصاحب السفلى تعليق الامتعة فيه سواء كان له ثقل يتأثر به السقف أولا كالثوب ونحوه ومختاره هنا خيرة الدروس (وفي جامع المقاصد) انه قريب لجريان العادة بذلك نعم لا يجوز ضرب الوتد قطعاً ولو اقتص به فله التصرف في ملكه كيف شاء ﴿قوله﴾ ﴿فروع﴾ إذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع بخلاف الاعارة ﴿كما في التذكرة وجامع المقاصد وكذا التحرير والفرق ان الاعارة اذن في الوضع فلا تقتضي التكرار ما لم يصرح به وبعد اقتضاء المأذون فيه لا يبقى استحقاق أما اذا كان الوضع مستحقاً بقدر لازم الى أمد معين فانه يقتضي استحقاق الاعادة لتعلم ببقاء الاستحقاق بعد السقوط بل يجبر على بناء الجدار والخصوصية غير ملحوظة ﴿قوله﴾ ﴿ولو خيف على الحائط السقوط في جواز الإبقاء نظر﴾ ونحوه ما في الإيضاح والخواشي من عدم الترجيح وفي (التذكرة) ان الأقوى بحريم الإبقاء لما فيه من الضرر العظيم وفي (جامع المقاصد) ان الاصح جوازه لأن الإزالة ضرر والضرر لا يزال بالضرر مضاعفاً الى أن له حق البقاء فيستصحب (وقد يقال) ان الضرر العظيم يزال بالضرر الأقل وفي البقاء ضرر عليهما فيكون مضاراً أي قاصداً للضرر وقد قرر انه يمنع ولا فرق في ذلك بين استحقاق الوضع والاعارة ما لم يذل الأرض في الاعارة فتجب الإزالة حينئذ ﴿قوله﴾ ﴿الثاني﴾ لو وجد بناء أو خشبة أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار في عدم الاستحقاق ﴿كان المسئلة غير محررة في الكتاب والتذكرة بل في جامع المقاصد لانهما اما أن لا يعلم على أي وجه وضع ذلك أو يدعي صاحب البناء والخشبة الاستحقاق بصلح ونحوه ويدعي الآخر المارية أو يدعي الاول انه بحق والآخر انه عدوان فان كان الاول قضي (المبسوط) انهما اذا ملكا دارين ورأيا الخشب على الحائط ولا يعلمان على أي وجه وضع ثم اتهدم السقف فانه ليس لصاحب الحائط أن يمنع من رده لانه يجوز أن يكون قد وضع بعوض فلا يجوز الرجوع به بحال بلا خلاف وهو خيرة الدروس وفي (التحرير) في استحقاق الاستمرار نظر والمخالف المحقق الثاني في جامع المقاصد وقدرى قول الشيخ بالضعف مع انه نفى الخلاف فيه وظاهره بين المسلمين ولعله لان الاستحقاق يتوقف على أمور كثيرة والاصل عدمه وعدمها الا أن يقال ان الظاهر ظاهر يد فتقطع الأصول وان كان الثاني وعليه تنزل عبارة الكتاب والتذكرة لانهما في الفرض سواء والا فمن لا يعلم سبب كون بنائه في ملك الغير ما دام لا يعلم الاستحقاق لا يدعيه فلا يتصور منه ولا من الآخر الذي هو مشله اليمين

لا يجوز بيع حق الهواء ولا مسيل الماء ولا الاستطراق (والفصل الثالث في التنازع)
لو صالح المتشبه المصدق لاحد المدعين بسبب يوجب التشارك كالارث على شيء شاركه
الآخر ان كان باذنه والاصح في الربح ولا شركة (متن)

عليه فقد قرب المصنف هنا وولده في الايضاح وجامع المقاصد وكذا الشهيد في الحواشي تقديم قول
مالك الارض لاصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير ولان اليد تقتضي الاختصاص بالانتفاع والوضع
أعم من الاستحقاق واقصاه أن يكون بحق وهو أعم من العارية التي يجوز الرجوع فيها وظاهر الشيخ
ان على مدعي العارية البينة واليمين على الآخر ولعله لمكان الظاهر كما عرفت آنفا ولا ترجيح في التحرير
والذكر والدروس وفسر العبارة في جامع المقاصد بالمعنى الاول ثم اعترض عليها على المعنى الثاني ولعله
لقوله ولم يعلم سببه وقد قرأ يعلم بالبناء للمجهول وان كان الثالث فاقول قول صاحب البناء للاصل في فعل
المسلم متضد بالظاهر ومثل البناء والخشبة والمجرى الميزاب يقتضي ملك غيره والمجاز فيه حظ قوله

لا يجوز بيع حق الهواء ولا مسيل الماء ولا الاستطراق كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع
المقاصد وظاهر الاول الاجماع عليه لان موضع البيع الاعيان والمخالف الشافعية حيث ألتحقوا الحقوق المتعلقة
بالاعيان (بالايمان خ) (١) ويصح الصلح على الحقوق المذكورة بشرط التعين كما صرح به هو لا وكذا الشيخ
في المبسوط والشهيدان في اللمعة والروضة في الصلح على اجراء الماء والتعين فيه يحصل بتقدير المجرى ولو لا
وعرضا أي الممر فيه الماء لترفع الجهالة ولا يعتبر تعيين العمق لان من ملك شيئا ملك قراره الى تخوم
الارض كما صرح بذلك كله جماعة وينبغي مشاهدة الماء لاختلاف احوال بقلته وكثرته ولو كان ماء ملو
اختلف بكم ما يقع عليه وصغره فعمومه تعرف بمعرفة محله ويأتي تمام الكلام في مثله في الفصل الثامن
في التنازع (٢) حظ قوله لو صالح المتشبه المصدق لاحد المدعين بسبب يوجب التشارك
كالارث على شيء شاركه الآخر ان كان باذنه والاصح في الربح ولا شركة كما في المبسوط وانراهم
والتذكرة والتحرير والارشاد وترحه لولده وجامع المقاصد والمسالك وتجمع البرهان والكفاية وفي الاخير
انه المشهور وكأنه أشار بذلك الى ما نسجعه عن المسالك والا فلا خلاف في ذلك ولا فرق بين ان يوقلا
ورثاها وقبضها ثم غصبها منا وعنده كما قر به في التذكرة وجزم به في اول كلامه في جامع المقاصد
لان سبب التشارك موجود وحكي في الاول عن بعض العامة انه لا يشاركه لان التركة اذا جمعت
في يد الورثة صار كل منها قابضا لحقه واتحاد حقه عا في يد الآخر ولهذا يجوز ان يطرأ المصعب
على نصيب أحدهما خاصة بان تزال يده فالتصوب لا يكون مشتركا بينهما وحاصل ما اراد المصنف
والجماعة ان المدعين اتفقا على كون سبب ملكهما مقتضيا للتركة فاقرار المنشئ لاحدهما من
لتشاركهما فيما أقر به وان لم يصدقهما على السبب الذي ادعيا به لانهما متفقان على ان البعض كان كليل
يستوي ملكهما فيه فيمتنع استحقاق المقر له النصف دون الآخر كما ان النائب يكون ذاهبا بهما واستراهما
في المقر به ثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة لامن جهة الافراد فان بونثر فيه تخصيص الامر
أحدهما بالملك وحينئذ فاذا صالح المقر له المنشئ على النصف المقر به فان كان الصلح باذن مشترك

(١) وجد في نسختين غير مكررة والظاهر التكرير (مصححه)

أو إجازته بعه صح في جميعه بجميع العوض والا فقي ربع المقر له بنصف ما صولح عليه ويطل في ربع شريكه ويأتي الكلام في اشتراكهما في المقر به وتعدد من تردد في ذلك أو مثله وفي (المسالك) ما حاصله ان هذا لا يتم الا على القول بتنزيل البيع والصلح على الاشاعة كالاقرار وهم لا يقولون به بل يقولون بأنه مخصوص بنصف البائع والمصالح بل انما ينزل على ذلك الاقرار فلو أقر بالنصف لغير يكون اقرار بربعه وربع شريكه ووجهه ان البائع انما يبيع مال نفسه ولا يصح بيع مال الغير الا فضولا أو وكالة وكل منها غير المتبادر المتعارف فيصرف الى ماله بخلاف الاقرار فانه كالشهادة بأنه لفلان وهو قد يكون في ماله وقد يكون في غير ماله فينبغي ان يكون المصالح عليه انما هو نصف المقر له فيكون العوض كله له هذا اذا قال له صالحتك على النصف مطلقا لفظ أو على نصفي وأما اذا قال له صالحتك على النصف الذي أقررت به كان منزلاً على الاشاعة لانه تابع للأقرار المنزل على ذلك فيكون قول المصنف والجماعة متجها ويمكن تنزيله على ذلك لثلاثا يتأني ما ذكره من القاعدة قال وهذا توجيه حسن لم ينبه عليه احد نعم قال الشهيد في بعض تحقیقاته يحتمل انصراف الصلح الى حصة المقر له ويكون العوض كله وتبعه الشيخ علي رحمه الله واطلقوا انتهى حاصل كلامه وفيه نظر من وجوه (الاول) ان هذه القاعدة في البيع والاقرار ليست مسلمة عند الكل أما البيع فقد قدم في بابيه أنه لو باع مالك النصف النصف أنه يحتمل الحل على الاشاعة كما في نهاية الاحكام والكتاب والايضاح وغيرها ووجهه بأن البيع صالح للملكه وملك غيره ولهذا يقبل التقييد بكل منها ولفظ النصف اذا أطلق يحمل على الاشاعة ولم يجعل الشارع صحة التصرف قرينه في المجازات والمشاركات مضافا الى ما حكاه هو عن الشهيد والشيخ علي رحمهما الله تعالى (واما الاقرار) ففي التحرير ان الاقرب انه لو قال بت نصفه او اقر بنصفه التخصيص بنصيبه نعم ظاهر بيع الكتاب ونهاية الاحكام والايضاح الاجماع على التنزيل على الاشاعة (وعساك تقول) كيف يدعى الاجماع على ذلك وقد أطبقوا في باب الاقرار والميراث انه اذا اقر بمشارك في الارث ولم يصدق به باقي الورثة انه يدفع اليه ما فضل في يده عن ميراثه وانه لا ينزل على الاشاعة (لانا نقول) الاشاعة اشاعتان اشاعة بالنسبة الى النصيبين واشاعة للاجزاء في الاجزاء فالأولى يقابل بها تنزيل الاقرار على نصيبه فقط كما اذا باع مالك النصف النصف فانه ينزل في المشهور على نصيبه فقط والانية ثابتة في كل مال مشترك وملاحظتها تقضي بأن انكار المنكر بمنزلة الاتلاف كما سيتضح لديك فيما يأتي فالمنفية في الاقرار والميراث الاشاعة الثانية قالوا لو أقرت بولد للزوج المتوفى وكذبها الاخوة دفعت اليه ما يدها زائدا عن نصيبها وهو الثمن ولا تدفع اليها سبعة أثمان ما في يدها تنزيلا للاقرار على الاشاعة فيستحق في كل شيء سبعة أثمانه والمراد بالاشاعة في الاقرار هنا وفي باب البيع الاشاعة بالنسبة الى النصيبين بل دفعها ما في يدها زائدا عن نصيبها في المثال من باب تنزيل الاقرار على الاشاعة بالنسبة الى النصيبين فليحظ ذلك فانه نافع دقيق وربما خفي على الاجلاء وتام الكلام في باب الاقرار فانا قد استغننا هناك (الثاني) ان المحقق الثاني قد نبه على ذلك فانه بعد ان فسر كلام المصنف وفرق بين السبب الواحد الموجب للتشريك والسبب المتغاير بان الصلح يصح في حصة المصالح أجمع ولا شركة للأخر معه كما سيأتي في الثاني وان الآخر يشاركه في الأول كما عرفت قال ولقائل ان يقول لا فرق بين تغاير السبب وكونه مقنضيا للتشريك في عدم الشركة لأن الصلح انما هو على استحقاق المقر وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالكة الى آخر ولهذا لو باع أحد الورثة حصته من الارث صح ولم

ولو تغير السبب صح الصلح في حصته أجمع ولا شركة (متن)

يتوقف على رضا الباقي وفي ذلك كمال التنبيه على ما اعترض به في المسالك مضافا الى ما ذكره في تمام كلامه كما ستسمعه انشاء الله تعالى وفي هذا بلاغ أقصاه أنه ما وجه التوجيه الذي تزل هو عليه كلام الاصحاب ثم ان كلام الشهيدين والمحقق الثاني غير جيد قطعاً لان كلام الاصحاب في المقام صريح في ان الصلح على ذلك النصف الذي اقر له به كما هو نص كلام المبسوط وفي (الشرائع) أنه صالحه على ذلك النصف ونحوها الارشاد وفي (التحرير) صالحه عما اقر له به وفي (شرح الارشاد) صالحه على مجموع هذا النصف فلا مجال لاحتمال الشهد في كلام القوم ولا لكلام المحقق الثاني ولا تفصيله في المسالك بالانفاظ الثلاثة وتوجيه كلام القوم بذلك لانه نص صريح لا يحتاج الى توجيه على أنه ما ثبت له في ظاهر الشرع وعند المقر الا ذلك ولا صالحه الا عليه فيصرف الصلح اليه وان كان مطلقاً أو مقيداً بنصفي لانه هو الذي له والا لما رضي المقر بالصلح والا فلو صرح له بأنه انما يصلحه على نصفه الذي له في نفس الأمر والواقع من غير اشاعة متعلقة بربع صاحبه ورضي المقر به لزمه الاقرار بثلاثة ارباع الدار نصف للمصالح وربع لشريكه كما هو واضح والمحال انه منكر للنصف الآخر فالحكم في عباراتهم كما قلوه سواء قال صالحتك على الثلث فالمقر به كما هو صريح من عرفت او نصفي او اطلاق والاخير ان ينصرفان الى الاول والا لما صح الصلح لعدم رضي المقر فلو قال انما قصدت مالي من غير اشاعة لا يسمع قوله لان المقر ان يقول ما اشتريت الا ما اقررت به وهذا موجه مسوع على انهم رضي الله عنهم كفونا مؤنة ذلك وعبرة الكتاب تحمل على ذلك على ان اعترض المسالك على عبارة الشرائع وقد سمعنا حديثاً قوله • لو تغير السبب صح الصلح في حصته اجمع ولا شركة • كما صرح به في المبسوط وجميع ما ذكرناه فيما اذا امتد السبب والمراد بتغير السبب ان يكون سبب ملك كل منهما غير سبب ملك الآخر كأن يكون احدهما مستحقاً للنصف بالأثر والآخر بالتسوية فلا يكون مقدماً للشريك وانما تجوز الشركة من الشروع ولا فرق في ذلك بين ان يصرحا بذلك ام لا والحاصل انهما لم يصرحا بما يقتضي الشركة المشاعة لعدم الدليل وثبوت ملك احدهما لا يستلزم ثبوت ذلك للآخر نعم ان ادعى احدهما ذلك على الآخر كانت دعوى كسائر الدعاوي وهل يكون سراؤها معاً وانما هما وقبضهما معا اذا اقر به المصدق من المدعين كالارث ام يلحق بالسبين المتأخرين سرح في المبسوط والتحرر رتب البرهان والكفاية باللاحق في الاول أعني التسوية وقرب في السدرة وجامع المقاصد الالحاق في الامرين أعني التسوية والامهات واحتمل ضعيفا العدم لان البيع لاثنتين بمنزلة مقتنين ولم يرجع في المسالك هذا وفي (جامع المقاصد) أن لقائل أن يقول لا فرق بين تغير السبب وكونه مقتضياً للتسوية في عدم الشركة لان الصلح انما هو استحسان المقر وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالك الى آخر كما انما ورد وقال قد سبق في البيع فيما اذا قال النصف لك والنصف للآخر لي وشريكي ما ينافي ما قلناه من انما حيث انه حكم ما ذكره في المتأخرين في المتأخرين وفي كلام المتأخرين في الذين تردد في التسوية وعدمه (قلت) انه أراد كما هو صريح كلامه انه تقدم له في ذلك ان الربع التالف بسبب تكذيب الشريك يكون من المقر والمقر له والحاصل لهما من دون فرق بين اتحاد السبب وتغايره حيث لم يتعرض له ويانه انه لا اقر له بالنصف الذي هو ستة من اثني عشر

وان النصف الآخر له ولشريكه وكذبه الشريك كان متعلق الاقرار أمراً كلياً في يد كل واحد من الشريكين فلما رد الشريك أقراره كان الرد نافذاً في الربع الذي هو نصف ما في يده فصار هذا الربع ثالثاً ولا شبهة في ان العين المشتركة اذا تلف بعضها انما يتلف من الشريكين على قدر استحقاقهما وقد انحصرت الشركة بين المقر والمقر له لأفالأول رد وانكر فلا شركة معه فكان التالف من المقر والمقر له موزعاً على نسبة استحقاقهما فكان للمقر اثنان والتالف منه واحد والمقر له أربعة والتالف منه اثنان ولم يفرق في العين بين كون سبب الشركة فيها متحداً أو متنازلاً وقضية كلامه هنا التفصيل بانه ان كان سبب الملك موجباً للشريك ككون المقر به مستحقاً لهم بالارث كان انكار الشريك بمنزلة تلف الربع ووجب كونه منهما لانه لما أقره بنصف كان متعلق الاقرار أمراً كلياً في يد كل واحد من الشريكين فلما رد الشريك أقراره كان الرد نافذاً في الربع فصار ثالثاً ويمتص تلف الأمر الكلي اذ التالف انما يتحقق في نفس الأمر والواقع بحيث يترتب عليه مقتضاه للأمر المتعين الشخص وان كان سبب الملك لا يقتضي الشريك لم يكن رد المنكر بمنزلة التلف فيكون للثالث بمقتضى الاقرار نصف ما في يد المقر لا غير لان له بمقتضى الاقرار ربع ما في يد كل من الشريكين كما لو صرح فقال لك نصف ما في يدي ونصف ما في يد شريكي والحاصل ان الانكار لا يلحق بالتلف الا فيما اذا كان سبب الملك متحداً موجباً للشريك وأما ما عداه فلا دليل عليه فيكون كلام المصنف هناك منزلاً على ما هنا لكن كلامهم في باب الاقرار والميراث يقتضي بأن الانكار من الوارث وغيره أحمد السبب أو تنازلاً لا يلحق بالتلف كما سمعته آنفاً في مثال اقرار الزوجة بولد الا أن يحمل كلامهم في الباين على ما اذا كان بعد قبض الوارث واستقرار الملك كما يأتي للمحقق الثاني فيما حقه بقوله والذي يقتضيه الى آخره كما سمعته وبالجملة كلامهم غير محرز قدير وأما ما أشار اليه من استشكله في باب الرهن فهو قوله ولو ادعى على واحد رهن عنده عندهما فصدق أحدهما خاصة فنصفه مرهون عند المصدق فلو شهد للآخر فأشكال ينشأ من تشارك الشريكين المدعين حقاً فيما يصدق التريم أحدهما عليه أولاً قالت قلنا بالتشريك لم تقبل والا قبلت وقد اختار هناك ولده التشريك وعدم قبول الشهادة لانه يدفع بشهادته مزاحمته وفصل في (التذكرة والحواشي) التفصيل المذكور هنا وهو انه ان كانت سبب الملك موجباً للشريك ككون الدين المرهون به العبد مستحقاً لها بالارث أو نحوه شارك ولم تقبل شهادته والا فلا وقال في (جامع المقاصد) فيما نحن فيه والذي يقتضيه النظر أن الحكم في مسألة الارث قبل قبض الوارثين صحيح لان الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة الى الوارث (الورثة خل) والتالف لا يمتنع عليهم وكأنه لم يكن وامتناع الوصول اليه كلفه في هذا الحكم والظاهر انه لا خلاف في ذلك اما بعد القبض واستقرار الملك لهم فلا دليل على الحاق تمتد الوصول الى حق بعضهم بالانكار مع عدم اليقينة ونحوها بتلف البعض في هذا الحكم فالاصل عدمه فينبغي التوقف فيه فليلاحظ الحكم المذكور في البيع (قلت) قد لحظناه ونحريه ما اقتضاه نظره وامله به يحصل الجمع بين كلامهم في الابواب الاربعة وان كان ظاهرهم في باب البيع والاقرار عدم الفرق بين ما كان قبل القبض وبعده وقضيته في البيع ان التالف منها مطلقاً وفي الاقرار ان التالف من المقر له مطلقاً وقد أورد على هذا الفرق في المسالك ايراداً لا وجه له مبني على ما سلف له من ان الصلح انما وقع على حقه فيختص به سواء كان قبل القبض أو بعده وينقدح مما ذكرناه في المقام اشكال فيما اذا كان الدين على الميت ألقا وكان التركة العين

ويعطي مدعي الدرهمين أحدهما ونصف الآخر ومدعي أحدهما الباقي (متن)

وعصى أحد الولدين مثلاً بالالف التي في يده فهل ينحصر الدين فيما في يده المطيع أولاً احتمالاً أن يشبههما
العدم فتأمل ولو كان المشترك ديناً فأقر لبعضه وأنكر بعضاً ففي الشركة قبل القبض لا بحث وبعد
القبض وغير الشركة من أقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من أن الحاصل لهما والتالف عليهما وعدمه ويتني
عليه ما لو صالح عليه بعد قبضه ~~قوله~~ (ويعطي مدعي الدرهمين أحدهما ونصف الآخر
ومدعي أحدهما الباقي) كما في النهاية والشرائع والنافع والتحرير والارشاد والدروس والخواشي واللمعة
والتنقيح والتذكرة وإيضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية ومجمع الرهان وفي الأخير
أنه مجمع عليه وفي الستة الأخيرة كما هو المحكي عن ابن المتوج أنه لا بد من اليمين قال في (التذكرة)
الأقرب أنه لا بد من اليمين فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواها
فيه فمن نكل منها قضى به للآخر ولو نكلاً أو حلفاً مما قسم بينهما إلى آخره وفي (مجمع الرهان) كأن
الأولين مجمع عليهما والظاهر أن الحلف إنما هو مع طلب صاحبه وعلى عدم استحقاق صاحبه في المدعى
لا على استحقاقه كما هو ظاهر والظاهر أن إطلاقاً النص كما سندهم والفتوى مقيدة بذلك وبه دم
الينة أو بما إذا كانت لهما براءة من غير إحسان والإطلاق فيهما مني على الظاهر المأمور والقواعد
الأمرة الأولى لا يخفى في الرمان أن لا يأبل في ذلك وقوله في الدروس لم يذكر الاستحباب في هذه
بيما فلمله أراد إلا كثر أو أنه غفل عن التذكرة أو لم يفرق بينهما والأصل في ذلك الرواية المسهورة
كما في (الدروس والتنقيح) وهي رسالة محمد بن أبي حمزة عن الصادق عليه السلام في رجاء كان بينهما
درهمان فقال أحدهما الدرهمان لي وقال الآخر بني وبيك مال عليه السلام قال أق ان أسدلاً درهمين
ليس له فيه شيء وأنه أمواجه وأما الأخر فيهما ومثلاً رسالة عد الله بن المنير عن عمر وأمه وهذا
يدل على استفاضته وعدم وضوح أنها قسم الدرهم إلى اثنين بينهما نصفين ولا يدري الأهل لأن
مجمع عليه كما في مجمع البرهان وهو كذلك سائلاً أكر في حبر الهرة أكل ملاح على أنه عدد جماعة
ان تقدم صاحب الإجماع كاف في الصحة وهو غير صحيح وهما مقيدان بالقيود المقدمة كما في دم وفي
(الدروس) أنه بتشكيل ذلك إذا ادعى الثاني النصف مناعاً فإنه يفرض النصفين ويحلف الثاني
للاول وكذا كل مشاع اتقى وقواه صاحب التمتع وقال في (إيضاح الدافع) لا أرى له حاشا أو أمل
فيه في قضاء الروضة في آخر كلامه وفي (قواعد المسالك) والدروس واللمعة أنه لا كان في أحدهما
عن فادعاهما أحدهما وادعى الآخر منها نصها ولا يثبت فيهما بالسوية وإن على مدعي النصف
اليمين أصاحه ولا يمين على صاحبه وسرحوا في آخر كلامهم أن ذلك إذا كان النصف مساء وقد
انقض في الروضة للفرق من المساع وغيره بأن كل حزة من العين على قدر الاساءة دعى كل منهما
تعلق حقه به ولا ترجيح فكانت نسبه إلى الجمع على السواء (وفيه) أن كل حزة من العين يكون له
بالإساعة متماثل مدعي الكل بلا كلام والتزاع في بعض الآخر أي نصف فرض فليس بينهما إلى
الكل على السواء حتى يقسم الكل بل إلى الله فلا وجه لاختصاص أحدهما بخلاف لأن الدرس
إذا ما التصرف فالنظر يقتضي في هذا المعبر أيضاً التخالف وقسمة النصف كما في مانع من أعني
مادة التعيين وكلامهم في رد قول أبي علي يؤيد ذلك كما أوضحنا ذلك في قضاء الكتاب فيرجع إليه

وكذا لو استودع من اثنين ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه بخلاف ممتزج
الاجزاء (متن)

من اراده ثم ان ماذكر في توجيه الحلف ان تم قائما يصح القسمة لا الحلف من الثاني خاصة وتوجيهه
أن يدها على العين سواء فييد كل منهما نصه مشاعاً والثاني أقر بنصف المشاع من الجميع فخرج نصف
الجميع بذلك عن الاشاعة والفروض أن يد الاول على النصف كذلك بدون منازع والنصف الآخر
في يد الثاني يدعيه الاول وينكره الثاني فاليمين عليه وهو يقتضي القسمة انصافاً بعد حلف الثاني للاول
كما في كل موضع وجد الداخل والخارج فقارقت الاول لان الثاني في الاول بدعواه الواحد المفروض
اعترف للثاني بالآخر من دون نزاع وبقي في يديهما درهم واحد ولا ترجيح لاحدهما فيه فيقسم نصفين
(وفيه) ان الاشاعة لا تقتضي انصراف النصف المقربه الى النصف الذي في يد الاول لعدم التمين في
الشروع بل اللازم منه عدمه فقولك ان الثاني في النصف المتنازع فيه داخل والاول خارج ممنوع بل
كل منهما فيه داخل وخارج ويد الثاني كيد الاول على المتنازع فيه وغيره سواء فحمل القسمة النصف
بعد التحالف كالاولى وكان كلام شيخنا صاحب الرياض غير محدد (والحاصل) ان اطلاق الاصحاب في
المقام والاخبار يشمل صورتي دعوى الثاني الدرهم على الاشاعة أو على التمين والمصرح بالفرق في باب
القضاء هو من عرفه وهو المصنف والشاهد توجيهه لم يتضح وجهه فلا ينبغي العدول عن ذلك الى هذا
ثم ان ذلك كله اذا كان الدرهمان يدهما معا كما عرفت دون ما اذا كان يد أحدهما أو تالت لخروجهما
عن الص وهو الجماعة ويرجع فيها الى القاعدة كما بين في محله وذكر هذه وما بعدها في باب الصلح
أما لان ذلك لازم من غير يمين كما قاله بعضهم وأما لمناسبة له حيث ان الصلح لا يكون الا كذلك
لانه السدل فيريغان في الصلح حذرا من الايمان ﴿ قوله ﴾ وكذا لو استودع من اثنين
ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه بخلاف ممتزج الاجزاء ﴿ أي ﴾ وكذا الحكم لو استودع
اسان من رجل دينارين مثلاً ومن آخر ديناراً ثم امتزجا اما بغير تفريط منه أو باذن المالكين ثم تلف
واحد بغير تفريط فانا ندفع الى صاحب الدينارين ديناراً لان الآخر معترف له به والدينار الآخر
يقسم بينهما نصفين وهذا هو المشهور كما في الدروس والتقيج وايضاح النافع والمسالك والروضة
والكفاية والرياض وفي (جامع المقاصد) سبته الى الاكثر تارة وإلى الاصحاب أخرى وقد نسب
الى الاصحاب في الدروس والمسالك والروضة ولم أجد فيه خلافاً لامن المصنف في التحرير فانه قال
الاولى عندي قسمة التالف على رأس المالكين فيعطى صاحب الدينارين ديناراً وثلاثاً وصاحب الدينار
ثلاثاً ديناراً وهذا مال الشيدان والمحقق الثاني الى القرعة لانها مقتضى القواعد لكنهم لم يجسروا على
المخاطة ودليل المشهور خبر السكوني عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في رجل استودع
رجلاً دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاغ ديناراً منها فقال يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقسمان
الدينار الباقي بينهما نصفين والشهرة المملوءة والمستفيض نقلها تميم ما هناك من ضعف وقد قال الشهيد
الثاني وصاحب الرياض يشكل هنا مع ضعف السند ان التالف غير محتمل كونه لهما بل من أحدهما
خاصة لامتناع الاساعة هناك كيف يقسم الدرهم بينهما مع انه مختص بأحدهما قطعاً وقال ان القول في اليمين
كما من عدم تعرض الاصحاب له وقال في (الدروس) أن الاصحاب لم يذكروا يميناً هنا وفي التي قبلها

وباع الثوبان مع الاشتباه معا ان لم يمكن الانفراد ويقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر فان يباع منفردين فان تساويا في الثمن فكل مثل صاحبه وان تفاوتا فالأقل لصاحبه (متن)

وذكرهما في باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهريا وجاز أن يكون ذلك اختياريا فان امتنع القيمين وفي (جامع المقاصد) أن ظاهر الرواية وكلام الاصحاب أن ذلك قهري وأنه بغير عين بل ربما امتنع القيمين اذا صرح كل واحد بدم العلم بين حقه (قلت) لعل ما ذكره الاصحاب إنما هو عند الخصام والتداعي كما في المسئلة الاولى فالحكم بينهما حينئذ سواء فيجب أن لا بد من القيمين ونصح قسمة الدرهم بينهما لانهما اتفقا على أن احدهما بينه لصاحب الاثنين واختلفا في الباقي المعين اذ كل منهما يدعي انه درهمه فيقسم بينهما واما اذا طلب احكم الله سبحانه وتعالى عند الاشتباه عليهما وتصريح كل واحد بدم العلم بين حقه فالحكم القرعة على هذا فلا اشكال وليس للتأمل مجال على انا قول قد اتفقت كلمتهم في باب الشركة على الحكم بالاشاعة شرطا فيما اذا مزج الدرهم أو الثياب أو الصوف أو الشعر ونحو ذلك مما هو قبيح وان كان غير مشاع واقما ولذلك عرفوها بانها اجتماع اموال المالك على سبيل الاشاعة مع أن اظهر أفرادها مزج الدرهم والاشترار بها واحترز بقوله من غير تفريط عما لو فرط في الحفظ أو المزج فان الودعي يضمن التالف كما صرح به جماعة كالمصنف في التذكرة والمقداد والمحقق الثاني والشهد الثاني وغيرهم فيضم اليهما ويقسمان من غير نقص وقد يقع مع ذلك التعاسر على العين فتتجه القرعة لانه يكون على تقدير الضمان لكل واحد منهما نصف الدرهم الواحد فيكون النزاع والتعاسر في الاخذ من الضامن واخذ الباقي وأما ممتزج الاجزاء كالدهن والحنطة والشعير فاذا كان لاحدهما قفيزان مثلا والآخر قفيز وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط فالتلف على نسبة المالكين وكذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلاث والآخر ثلثا قفيز كما صرح به في التذكرة والدروس والتفقيح مما بخلاف الدرهم لانه مختص باحدهما ويحتمل أن يكون الحكم فيه ما تقدم قوله **﴿﴾** ويبيع الثوبان مع الاشتباه معا أن لم يمكن الانفراد ويقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر فان يباع منفردين فان تساويا في الثمن فكل مثل صاحبه وأن تفاوتا فالأقل لصاحبه **﴿﴾** ونحوه ما ذكره في التذكرة غير انه لم يقيدها فيما يبيعها معا بعدم امكان الانفراد ويظهر ما في الكتاب انه متى امكن بيعها منفردين امتنع الاجتماع (وحاصله) انهما أن يباعا مجتمعين حيث لا يمكن الانفراد بان يباع كل واحد وحده لعدم الراغب وتعاسرا بمعنى لم ينجح احدهما صاحبه صار كالمال المشترك شركة اجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال وعليه تنزل الرواية وأن امكن بيعها منفردين وجب فان تساويا فكل واحد ثمن ثوبه وان اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر والأقل لصاحبه بناء على الغالب من عدم القين وان امكن خلافه الا انه نادر لا اثر له شرعا ويلزم على ما ذكره في التذكرة ما ذكره من ترجيح أحد الامرين من بيعهما معا أو منفردين اذ الحكم مختلف فتجد العبارة ان قال في (الدروس) لكن الرواية مطلقة في البيع ويؤيدها أن الاشتباه مظنة تساوي القيمتين فاحتمال تملك كل منهما لكل منهما قائم فكنا بمثابة الشريكين وقال في (جامع المقاصد) فعمل هذا يكون مورد الرواية ما اذا تساوت القيمتان فيبقى ما اذا تفاوتتا خاليا عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف اذ لا راد له وقول ابن ادريس بالقرعة وان كان له وجه الا ان مخالفة النص وكلام الاصحاب مشكل (قلت) الرواية هي ما رواه المشايخ الثلاثة عن اسحاق ابن عمار عن الصادق عليه

السلام انه قال في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهما في ثوب وآخر عشرين درهما في ثوب فيمشت الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه وهذا ثوبه قال يباع الثوبان ويبطل صاحب الثلاثين ثلاثة اخماس الثمن والاخر خمسي الثمن قال (قلت) فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اخترا أيهما شئت قال قد انصفه ويمكن عدها في الحسان اذا لوحظ السند بناء على الفنون الاجتهادية ويمكن عدها في الصحاح اذا لوحظ طريق الشيخ في فهرست الى الحسين بن ابي الملا لان الشيخ رواه ملقا عن الحسين بن ابي الملا وقد عمل بها الشيخ في النهاية والقاضي فما حكى عنه والمحقق في كتابه والمصنف في التحرير والارشاد والبصرة والمختلف وفي (الدروس) أن عليا المظلم وفي (المسالك وجمع البرهان) عمل بها للمشهور وفي (ايضاح النافع وجامع المقاصد) نسبته الى أكثر الاصحاب وفي (التفيع) الى الشيخ واتباعه وقد نسب العمل بها الى الاصحاب في مطاوي جامع المقاصد مرتين وفي مضاربة جامع المقاصد انه عمل وفاق لان الظاهر انهما اشتريا بما يساويان وبما كذلك لان الظاهر عدم التغاين قيل ويكون الصلح قهريا ولا يتعدى الى غير موردها من الثياب المتعددة والايمان والامعة ويحتمل التصديقية لتساوي الطريق كما ذكرها جماعة واستقرب الشهيد وغيره القرعة في غير مورد النص لعموم ادلتها وسلامتها مما يصلح للمعارضة وعلى ما ذكرناه في توجيه كلام القوم لا يتجه ما نبه عليه الشهيد وذكره المحقق الثاني من أن مورد الرواية ما تساوت فيه القيمتان الى آخر ما حكيناه عن جامع المقاصد لانه اذا كان موردها كذلك عند البنياع والبيع الثاني كيف يصح القسمة انحصارا بل يجب أن تكون بالسوية وقوله في جامع المقاصد يبقى ما اذا تفاوتت خاليا عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف اذ لا راد له فيه اذ لا وجه لوجوب البيع مجتمعين اذا تفاوتوا ولم يمكن الاقتراد من دون رضاها خصوصا مع تعلق غرضها بالانتفاع بهما للكسوة أو القنية والمفروض انه لا نص حتى نعمل به تبعا كما عمل به المشهور كما انه لا وجه لبيعها منفردين اذا امكن تساويا أو تفاوتوا اذ عند التساوي يعطى لكل ثوبا فان تعاسرا اقرع وعند التفاوت فالذي يقتضيه عقد الماش غالبا أن الاجود يكون لصاحب الثلاثين والاخر لصاحب العشرين (والحاصل) أن اجبارهما على البيع مجتمعين أو بيعها منفردين اذا خرجنا عن الخبر فيه أعظم ضرر مني بالخبر ولا يرد ذلك على الخبر لمكان اعتباره وعمل الاكثر به فنخرج به عن القواعد وتقتصر به على مورده ولا تصنع الى ما في التفيع وايضاح النافع من الاشكالات التي أوردت على الخبر حتى اختارا حمله على امتزاج المال قبل الشراء أو على الاستحباب ولا لقوله في السرائر بناء على اصله أن استعملت القرعة في ذلك كان أولى لانها حجة ودليل عند عدم النص وقد وجد قويا أو حسنا مشهورا رواية وفتوى وقد وقع في المختلف في رد كلام ابن ادريس أيهما اذا كانا شريكين كان لكل منهما بنسبة رأس المال كما في الطعامين لو امتزجا وهذا مسلم اذا كانت الشركة في الثمن اما اذا كانت في السلعة فممنوع والالزم انه لو اشترى رجل كرا من طعام بمائه وآخر كرا بمائتين مع تساويهما في الصفة ثم امتزجا باختيار أو بدونه أن يقسم الثمن اثلاثا على نسبة المالين وفي (التفيع) أن ذلك قول باطل لم يقل به قائل ووقع في الرياض في رد كلام المصنف انه اجتهد في مقابلة النص المعتبر مع تطرق الاشكال اليه بعدم دليل على اعتبار الغلبة التي غايتها ايراث المظنة خاصة في نحو المسئلة التي هي من قبيل الموضوعات دون الاحكام الشرعية فلا يكتفى فيها بالمظنة الا اذا قامت عليها الادلة (وفيه) انه يقول أني عامل بالنص في صورة مورده وهو بيعهما مجتمعين ولا يصح تنزيله على خلاف ذلك لعدم الفائدة فيه وعلى ما تقدم عن الشهيد والكركي

ولو كان عوض الصلح سقي الارض أو الشجر بمائه فالأقرب الجواز مع الضبط كما في بيع الماء وكذا لو صالحه على اجراء الماء على سطحه أو ساحته صبح بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه ويصبح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضا فان اعتقه صبح وفي رجوع العبد اشكال ينشأ من أن اعتاقه لم يصادف للملك سوى الرقبة فلا يؤثر الا فيه كما لو أوصى لرجل (متن)

يقول اني عامل به في صورة ما يظهر أو يلوح منه وهو التساوي فليس هناك اجتهاد في مقابلته والموضوعات في غير الفاظ العبادات يكتفى بها بالمنفعة مطلقا كما حرر في محله **قوله** **﴿**ولو كان عوض الصلح سقي الارض أو الشجر بمائة فالأقرب الجواز مع الضبط كما في بيع الماء**﴾** كما في التذكرة والايضاح والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وجعله في الشرائع وجها مأخذه جواز بيع ماء الشرب ولم يقيد في اللمعة بالضبط لكنه مراد له والمراد ضبطه بمدة معلومة ولو تعلق بسقي شيء مضبوط دائما أو بالسقي بالماء اجمع دائما وان جعل السقي لم تبعه الصحة لان جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في الباب ويصح ايضا جملة أي السقي موردا للصلح وعوضه امر آخر من عين أو منفعة عكس ما في الكتاب وكذا لو كان احد السقيين عوضا والآخر موردا والمخالف الشيخ في المبسوط قال اذا قرله بحق ادعاء عليه ثم صالحه منه على أن يسقي ارضه من نهر المقر أو قناته في وقت معين لم يجز ذلك لان المقرود عليه الماء وهو غير معلوم المقدار مع انه قد جوز بعد ذلك بلا فاصلة بيع جزء مشاع منه وجعله عوضا للصلح وجوز ايضا بيع ماء العين والبئر ومن احتمل تخصيص منه هنا بنهر المضبوط كما في الروضة قلعه لم يلحظ قوله في وقت معين وهذه المسئلة ليست من مسائل التنازع ويبقى الكلام في المشبه به فان الماء الجاري من نهر أو عين يجوز بيعه على الدوام والا فلا شهر منه لجهالته ولانه يزيد شيئا فشيئا وان كان راكدا جاز بيعه جزافا وكلا ووزنا فالتشبيه ببيع الماء لا يجدي فيما نحن فيه فتأمل ولعله لذلك ترك في اللمعة وغيرها **قوله** **﴿**وكذا لو صالحه على اجراء الماء على سطحه أو ساحته صبح بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه**﴾** كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك والكفاية ولا فرق بين جملة له عوضا وموردا ويحصل العلم بالموضع الذي يجري الماء منه بتقدير مجراء طولا وعرضا لترفع الجهالة عن المحل المصالح عليه ولا يستبر تعيين العمق لان من ملك شيئا ملك قراره مطلقا باي عرض وطول اتفاق (والحاصل) أن الصلح في هذا الفرض انما يقع على مرور ماء غيره في ملكه اما على سطحه اذا كان الماء غالبا على داره أو ساحته فلا بد من تقدير الممر من السطح والساحة طولا وعرضا ولا يحتاج الى تقدير السمك لعدم التفاوت فيه الا بكثرة الماء وقلته ولعله لهذا اطلق المصنف وغيره حكم الماء من دون أن يشترطوا مشاهدته ولكن ينبغي مشاهدة الماء أو وصفه لاختلاف الحال بقلته وكثرته ولو كان ماء مطر اختلف أيضا بكبر ما يقع عليه وصغره فمعرفة تحصل بمعرفة محله كما تقدم بيان ذلك كله ولو سقط السطح بعد الصلح أو احتاجت الساقية الى اصلاح فعلى مالكيها لتوقف الحق عليهما وليس على المصالح مساعدته **قوله** **﴿**ويصبح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضا فان اعتقه صبح وفي رجوع العبد اشكال ينشأ من أن اعتاقه لم يصادف للملك سوى الرقبة فلا يؤثر الا فيه كما لو أوصى لرجل

برقبته ولا آخر بخدمته فأعتق الاول ومن اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة وقد
حال بين العبد والمنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد والراكب أولى من قابض اللجام على
رأى (متن)

برقبته ولا آخر بخدمته فأعتق الاول ومن اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة وقد حال بين
العبد والمنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد ﴿ قد جزم في التذكرة والتحرير بعدم رجوع العبد على السيد
وفي (جامع المقاصد) انه الاصح لأن العتق لم يصادف في ملك السيد سوى الرقبة فلا يؤثر الا في ملكها
فزياله ومنافسه لم تلتف بالعتق لانه اعتقه بعد ان ملك منفعة الغير فلم يرجع بشيء ومثله ما لو أوصى
مالك العبد لشخص برقبة العبد ولا آخر بخدمته فأعتقه الموصى له بالرقبة فإنه لا يرجع على تركه الموصي
بعوض الخدمة قطعا لمثل ما ذكر ومثل ما لو أعتق مقطوع اليدين والامة المزوجة بحرفاتها لا يرجع
عليه بشيء وقال الشافعي يرجع على سيده مستندا الى ما ذكره المصنف (وفيه) ان اقتضاء زوال العتق الملك
عن المنفعة انما يكون لو كانت المنفعة مملوكة أما اذا كانت مملوكة للغير فلا اذا اعتاقه لا يقتضي زوال
ما ليس بموجود وضبط الخدمة بالعمل كبناء بيت معين وبإلزامان كسنة مثلا - ﴿ قوله ﴾ والراكب
أولى من قابض اللجام على رأى ﴿ موافق للبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح
واللمعة وقد حكم بذلك اكثر هؤلاء والمصنف في باب القضاء أيضا من دون تردد لأن الراكب كما في
المبسوط اقواها يدا وأكثرها تصرفا وفي (الخلاف والسرائر) انها بينهما نصفين وفي (المبسوط) انه
أحوط وفي (جامع المقاصد) انه اصح وفي (المسالك) أقوى وفي (الروضة) قوي وقال في (جامع المقاصد)
لكن لا بد أن يحلف كل منهما لصاحبه ولا ترجيح في الدروس وفي (غاية المراد) لا شك أن كلا
منهما مدع بتفسيرات المدعي ومنكر أيضا بها ولكل يد الا أن يد الراكب تضاف الى تصرفه فان
ثبت ان التصرف له مدخل في الرجحان رجح به وأما الترجيح بقوة اليد فلا أثر له لأن قوة سلطان
اليد لم تؤثر في ثوب يد أحد المدعين اكثره وتبعه المحقق الثاني والشهيد الثاني (قلت) قد استدلوا في
السقف لكونه للأعلى بأن تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى ذكر ذلك في المسالك وأوضح
من ذلك كلامهم في الغرفة كما مستسمعه قريبا على انه (قد يقال) ان كون قبض اللجام تصرفا مع الركوب
غير معلوم وكثير ما يقبض أحد اللجام دابة ركبها صاحبها والعكس قليل ولعل هذا هو الفارق بينها وبين
الثوب المذكور كما يأتي على أنه قال في (جامع المقاصد) في السقف ان الأعلى متصرف دون الاسفل
ولا ريب أن صاحب الاسفل لشدة احتياجه الى السقف أكثر تصرفا من قابض اللجام فيما نحن
فيه ولا سيما اذا انضم الى ذلك بعض القرائن كالسرج المناسب للراكب ونحوه ولا يدفعه ما قاله في
الدروس من انه لا عبرة هنا بكون الراكب غير معتاد قنية الدواب والمتشبه معتادا ان سلطانه له والا
فلما منع منه مع ترجيحهم في أمثال هذه المقامات بالعرف والعادات بل يمكن اعتبار مثل كون هذه
الدابة يعلم عادة كونها لا اكب لا للقباض وبالعكس وذلك كله مع عدم ظهور تقدم تصرف من أحدها
وفي (جامع المقاصد والمسالك والروضة) أن اللجام لمن هو في يده والسرج لراكبه (وفيه) أن الحكم غير
واضح لانه يبعد أن تكون الدابة لرجل واللجام لآخر وخصوصا اذا كان المقبوض جبلا مشدودا على
رأس اللجام وكذلك الحال في السرج والرجل فأمل وتام الكلام في باب القضاء ﴿ قوله ﴾

وذو الحمل على الدابة أولى من غيره ويتساويان في الثوب في أيديهما وإن كان في يد أحدهما أكثره وفي العبد وإن كان لأحدهما عليه ثياب والأسفل أولى من مدعي العرقه بسبب فتح الباب إليه ومع التصرف اشكال (متن) .

(وذو الحمل على الدابة أولى من غيره) بلا خلاف كما في المبسوط وبهذه العبارة ومثلها من دون تعرض لكون الآخر قابضاً لزماتها ولا لكونه غير قابض صرح في الباب وباب القضاء المحقق والمصنف والشهيدان والكركي وغيرهم وستسمع ما في الروضة لأن وضع الحمل على الدابة يستدعي كمال الاستيلاء فيترجح صاحبه ولعل المراد أن لكل واحد منهما مع ذلك بداً بأن كانا قابضين بزمانه ونحو ذلك ليحصل الترجيح وبذلك قيد في الروضة عبارة اللمعة أو يكون المراد أن لأحدهما حملاً ولا يد للآخر وهذا يناسب نفي الخلاف عنه في المبسوط والمناسب من جهة المعادلة للمسئلة الأولى أن يكون المراد أن أحدهما قابض بزمانه والآخر عليه حمل وهو الظاهر من الدروس لأنه يظهر منه المساواة في الحكم في باب القضاء بينه وبين راكب الدابة مع القابض بالجمام ولا بس الثوب مع ما سكه وهذا الاحتمال هو الذي فهمه في جامع المقاصد من العبارة وجزم به وقال إن كلام الدروس ليس بشيء ولعل وجهه أن الركوب أسهل تسليقاً من الحمل وأنت خير بأن هذا التفاوت اليسير إن كان لا يجدي في الترجيح فيجبي فيه الخلاف كما بيناه في باب القضاء وفي قضاء الكتاب إن راكب أولى بالحمل من صاحب الدابة ولم يتضح وجهه ولم نجد فيه نصاً لأحد من أصحابنا ~~قوله~~ (ويتساويان في الثوب في أيديهما وإن كان في يد أحدهما أكثره) بأن كان في يد أحدهما تسعة أعشار وفي يد الآخر عشر فإنه يجعل بينهما نصفين بلا خلاف كما في المبسوط والتهمة كما في الدروس وبه صرح في الشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها لا اشتراكهما في اليد ولا ترجيح قوتها والتصرف هنا وإن اختلف كثرة وقلة لكنه من واد واحد بخلاف الركوب وقبض الجمام قيل نعم لو كان ممسكاً والآخر لا بساً فكمسئلة الراكب والقابض لزيادة تصرف اللابس على اليد المشتركة وربما قيل بتقديم الملابس لأن الظاهر أنه لم يتمكن من لبسه إلا وهو غالب مستقل باليد وهو قوي جداً وفي (التذكرة) إن كل ذلك مع علم اليقينة واليمين ~~قوله~~ (وفي العبد وإن كان لأحدهما عليه ثياب) بلا خلاف كما في المبسوط وبه صرح في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقضاء الكتاب وكشف اللثام لأنه قد يلبس الثياب بغير إذن وبمجرد القول أو عارية ولأن فتح الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحبه بخلاف الحمل على الجمل فإن صاحبه المتنفع به ولأن الحمل لا يجوز أن يحمله على الجمل إلا بحق ويجوز أن يجبر العبد على لبس قبض غير مالكة إذا كان عرباناً وبذلك ~~قوله~~ (والأسفل أولى من مدعي العرقه بسبب فتح الباب إليه ومع التصرف اشكال) أطلق الحكم بأنها للأسفل في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة من دون تعرض لما إذا كان من إليه الباب متصرفاً أو غير متصرف بل في المبسوط نفي الخلاف عن الحكم بها لمن هي في داره وأنه لا اعتبار بالجوار ووجهه بأنه كذا موضوعة في ملكه وهو هواءه لأنه ملكه لأنه تابع للقرار وبمجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد اليد والمصنف استشكل فيما إذا كان من إليه الباب متصرفاً فيها بسكنى وغيرها لأن يده عليها بالذات لا قضاء التصرف له ويد مالك الهواء بالتبعية والذاتية أقوى والتبعية

إذا صلح أجنبي عن المنكر صح فإن كان عن دين باذنه كان توكيلا والا تبرعا في القضاء وإن كان عن عين باذنه فكلاول وبغير اذنه اقتداء للمنكر وإبراء من الدعوى ويرجع بما أدى أن صلح باذنه ولو صلح الأجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له صح دينا كانت الدعوى أو عينا (متن)

لضعفها إنما ثبت مع علم ثبوت أخرى وتصرف بالفعل وفي (المسالك والروضة) أنه أقوى وفي (جامع المقاصد) أنه لا يخلو عن قوة ومن ثبوت اليد من الجانبين في الجملة وعدم تأثير قوة اليد ﴿ قوله ﴾ إذا صلح أجنبي عن المنكر صح فإن كان عن دين باذنه كان توكيلا والا تبرعا في القضاء وإن كان عن عين باذنه فكلاول وبغير اذنه اقتداء للمنكر وإبراء من الدعوى ويرجع بما أدى أن صلح باذنه ﴿ قصد بكلامه الأخير التعريض بكلام الشيخ في المبسوط حيث قال أنه يرجع أن أدى المال بالأذن سواء صلح باذنه أم لا (وفيه) أنه إذا صلح بغير إذن صار المال في ذمة المصلح وبرأ من عليه الحق فكيف يرجع عليه بشيء إذا أدى باذنه وقال في (الدروس) إلا أن تقول أن الصلح موقوف على رضا المدعي عليه والأقرب أنه أن صلح ليؤدي هو فلا عبرة بالأذن وكذا لو صلح مطلقا على احتمال وإن صلح ليؤدي المدعي عليه توقف على إجازته واستشكل في التحرير وكذا لا يرجع عليه أن كان إذن له في الصلح ولم يأذن له في وزن المال ودفعه فدفع لأن الأذن في الصلح ليس أذنا في دفع المال والاقتداء للمنكر والإبراء له من الدعوى بمعنى لأن اقتدائه بالصلح من الخصومة إبراء له من الدعوى ﴿ قوله ﴾ ولو صلح الأجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له صح دينا كانت الدعوى أو عينا ﴿ ولا فرق بين اعتراف المدعي عليه بالحق قبل الصلح أولا ولا بين أن يكون الأجنبي المصلح عالما بثبوت الحق في ذمة المدعي عليه أولا كما هو قضية إطلاق المبسوط والدروس وخالف في الأخير في التذكرة والتحرير قال في الأخير فإن لم يعترف أي الأجنبي بصحة دعواه فالوجه عدم الجواز وصرح في التذكرة بأن جواز الدعوى من المصلح مشروطة بعلم صدق مدعي المصلح فإن لم يعلم لم يجوز له دعوى شيء لا يعلم ثبوته وقال عليه في (جامع المقاصد) وقائل أن يقول اشتراط الدعوى بعلم الاستحقاق غير واضح فإن الوارث يدعي بخط مورثه والوكيل يدعي عن موكله وقد لا يعلمان الاستحقاق وكذا الموكل قد يدعي بخط وكيله ونحو ذلك فيدعي عليه أن ما يزيد عنده صار مستحقا له بالصلح ويطلب منه البين مع الإنكار وعدم البينة ولا يضر عدم إمكان الرد أو القضاء بالنكول كما في الوارث والقيم على الطفل وكذا لقائل (أن يقول) لم لا يجوز الصلح على استحقاق الدعوى فإن ذلك حق ويجوز الصلح على كل حق لكن يرد عليه أنه لو ثبت الحق امتنع أخذه لعدم جريان الصلح عليه (وبجواب) بأن الصلح لو جرى على أصل الاستحقاق فإن ثبت الحق أخذه والا كان له استحقاق الدعوى وطلب البين وبالجملة فيقوم مقام المدعي ولا بعد في ذلك ويعتبر في الصلح مالا يعتبر في غيره انتهى (قلت) وبجواب بأن القائل بأنه لا بد من الجزم في الدعوى لا يستثنى منها إلا ما إذا كانت له بينة عادلة أو أقر المدعي عليه ثم أنكر فانه حينئذ تصح له الدعوى من دون الجزم لأن كان هذا علمين شرعيين أرسى الشارع قواعد شرعه عليهما واستثنى جماعة السماع في القتل والسرقة فجوزوها بلفظ الظن وقول بأنه لا يجوز للوارث والوكيل والدعوى إلا إذا علموا والا فهو كذب وتدليس من دون ضرورة ولا تورية

ولو خرجت أغصان الجار اليه فله قطعها من حد ملكه ان لم يمكن المظف وان لم يأذن الحاكم (متن)

ودليل المنع هو لزوم القضاء بالنكول واليمين فلا بد من العلم بأخذ وليستحلف نعم فلو قيل أن يدعي عن موكله كأن يقول ان موكلي يقول ان له عند فلان كذا ولا نسلم انه يصح على استحقاق الدعوى لانه يحتمل صدقها وصدقها ولا يجوز الصلح على ما يحتمل انه خربل على ما يظن انه خربل وهنا كذلك والكبرى ممنوعة بل تقول ان كل حق معلوم يصح الصلح عليه ومنه يتطرق المنع الى الصغرى كأن تقول الدعوى ان كانت صدقا كانت حقا وقضية كلامه أنه يصح الصلح على الانكار وليس كذلك بل وقد تقدم لنا عند شرح قوله وما يتصلحان به وعليه ويشترط فيهما التملك ماله تقع تام في المقام وأما اذا كان المدعى عليه مقرا فلا خلاف في صحة صلح الاجنبي لنفسه على كل حال فان تمكن من انتزاع ما صالح عليه فلا بحث وان لم يتمكن ففي (المبسوط) ان كانت عينا والغريم متصرف وعجز عن انتزاعها فخير بين فسخ الصلح والاقامة وحكاه عنه في التحرير ساكتا عليه وأطلق في الدروس ان له الفسخ من دون فرق بين العين والدين واحتل في جامع المقاصد عدم ثبوت الفسخ في واحد من الموضين لان الصلح عقد مستقل بنفسه وليس مبنيا على المكايسة والمغاينة ولهذا يصح مع الحيلة وعلى مالا بعد مالا فيجب التمسك بصوم أو فوا بالعقود الا أن يدل دليل على خلافه وهو الاتية ~~قوله~~ ولو خرجت أغصان الجار اليه فله قطعها من حد ملكه ان لم يمكن المظف وان لم يأذن الحاكم يريد أن له قطعها ولا يتوقف جواز ذلك على مطالبة المالك وامتاعه كما هو خيرة التحرير والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان وفقى عنه البعد في الكفاية وكأنه ميل اليه في المسالك لان ازالة العدوان عليه أمر ثابت له وتوقفه على اذن الغير ضرر ولو توقف على اذن المالك كان اذا امتنع يتوقف على اذن الحاكم اذ لا يسوغ له التصرف في مال الغير بنير اذنه أو اذن من يقوم مقامه مع التمسك فكان كاخراج دابة الغير عن ملكه لا يتوقف على اذن مالك ولا حاكم مع ان الدابة يحتمل تلها مصافا الى أن الاصل عدم وجوب ابقاء مال الغير في ملكه بلا سبب شرعي والاصل براءة الذمة من وجوب مراجعة المالك ولزوم التصرف في مال الغير بنير ضرورة يعارضه ان للمالك التصرف في ملكه كيف شاء وان حصل الضرر على الجار وقد (قال عليه السلام) ليس لعرق ظالم حق فلا فرق حيث بين ما اذا أمكن اعلام المالك بسهولة أم لا ولا بين كون الموضع مشتركا بينهما أم لا وقضية كلام المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس والحواشي والمسالك والكفاية انه يتوقف حواز الازالة على مطالبة المالك وامتاعه بل هو صريح بمصها ان لم يكن صريح الجميع وقد ذكرنا مثل ذلك في باب الديات لما تقدم وفيه ما عرفت وهل يجب على الجار الازالة لو طالبه ذوا الهواء بها أم لا (الاول) صريح المبسوط والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو ظاهر الشرائع فيجبر مع الامتناع ولا دليل لهم يعول عليه الا الامتناس له بما اذا مال حائطه الى التاراع أو ملك الغير فانهم أوجبوا عليه الازالة مع التمكن وقالوا ان لم يفعل ضرس ولم يشترطوا في ذلك المطالبة الا الشيخ فانه اشترط في الضمان المطالبة والاشهاد واعلم لاحتمال الغفلة بدونهما مع الاصل والظاهر وحوذ الفرق ولذلك يوجبون عليه هدمه وان لم يطالبه أحد ولم يختلفوا هناك في وجوب الازالة واختلفوا ها فليتأمل (والثاني) خيرة التذكرة حيث قال لا يجبر لانه من غير فمسه وهو يدل على عدم الوجوب ويشهد له الاصل والمسئلة سيالة وهي هل يجب على الاسان تفريع أرض

﴿ في فروع الصلح ﴾

فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة أو انتهاؤها والمدة وكذا على الإبقاء في الهواء على الأقوى وكذا البحث في المروق الممتدة والحائط المائل إلى هواء غيره والخشبة الواقعة على ملك غيره ويصح الصلح عن المجهول ديناً كان أو عيناً إذا لم يمكن معرفته كما لو طعن قفيز حنطة وشعير ممتزجين ولو علم أحدهما لم يصح إلا أن يعلم صاحبه ويصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وإن لم يجز بيعه كدم العمدة وسكنى الدار (متن)

الغير من ماله إذا لم يكن ذلك بفعله أولاً يجب عليه ولا يحاطب به وإنما يكون الحكم متعلقاً بصاحب الأرض كما مر ولعلنا نحرز بأنه يجب عليه إخراج الدابة التي يجب حفظها وأما أنه لا يتوقف على إذن الحاكم فقد صرح به في المبسوط والشرائع والتذكرة وغيرها ووجهه بمد معرفة ما تقدم ظاهر وهل يضمن المالك أجرة هواء الغير لو مضت مدة طويلة ففي جامع المقاصد أنه لا تنسب في الضمان مع تفریطه ولو قطعها مع إمكان المطف ضمن بلا خلاف أجده (وقال الشهيد) أن ليس له إيقاد النار لتحترق ولعله لأنه يجب عليه ملاحظة الأسهل وما لا ضرر فيه ثم الضرر اليسير فمهما أمكن المطف لا يقطع وإذا لم يمكن يقطع ولا توقد النار تحته لأنه أشد ضرراً وخروج أغصان شجرة الحار إليه أما أن يكون إلى داره المختصة به أو المشتركة بينهما أو إلى جداره كذلك أو إلى هوائه كذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة أو انتهاؤها والمدة ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وغيرها وقد يظهر من التذكرة أن لا يخالف فيه من الخاصة والعامة وفي (المبسوط) جواره على إبقائه على الجدار إذا كان النقص يابساً وقال إن كان رطباً يزيد فالصلح باطل لأنه مجهول فانه يزبد في كل حال ولا يعرف قدره والجماعة قالوا إن زيادته وانتهاؤها تفرقان فظن أهل الخبرة ملاحظة (وقد يقال) أن الجمالة في الماوض عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض والحاجة تدعو إلى الصلح لكثرة في الأملاك المتقاربة وفي القطم اتلاف وضرر (وكيف كان) فلو فرض زيادة ما حكم بانتهاؤه على خلاف المادة كان حكم الزائد حكم الأصل لما تعدى إلى المالك قبل الصلح ويمكن أن يعنى عن هذه الرأية المتجددة كالأولاد الحادثة للمستأجر للفرقة والسمن الحادث لمستأجر الدابة وقالوا لا بد مع ذلك من تقدير مدة الإلقاء فلا يجوز مؤبداً (قلت) لأنه هنا يفيد فائدة الإجارة وكأنه في المسالك متأمل في ذلك حيث قال على ما ذكره الجماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا على الإبقاء في الهواء على الأقوى ﴾ كما هو خيرة الدروس والحواشي وجامع المقاصد والمساالك وجمع البرهان وظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث قال عندنا خلافاً للسافعية وفي (الشرائع) لا يصح على تردد وقال في (المبسوط) إذا لم يكن النقص معتمداً على بناء صاحب الدار لم يجز لأنه يبيع الهواء منفرداً بناءً على أصله السابق من عدم جواز أفراد الهواء بالصلح تبعاً للبيع وهذا هو الفارق بين الصلح على إبقائه في الهواء وعلى الجدار ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا البحث في المروق الممتدة والحائط المائل إلى هواء غيره والخشبة الواقعة على ملك غيره ﴾ الوجه في ذلك كله يعرف بما مر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح الصلح عن المجهول ديناً كان أو عيناً إذا لم يمكن معرفته كما لو طعن قفيز حنطة وشعير ممتزجين ولو علم أحدهما لم يصح إلا أن يعلم صاحبه ويصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وإن لم يجز بيعه كدم العمدة وسكنى الدار ﴾

ولو صلح عن القصاص بعبد فظهر مستحقاً أو حراً فالأقرب الرجوع إلى القصاص ولو صلح عن القصاص بحر يملأن حرته أو بعبد يملأن الاستحقاق في بطلان استحقاق القصاص ووجوب الانتقال إلى الدية نظر ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه كالصلح مع امرأة لتقر له بالزوجة أو مع شاهد ليمتنع من إقامة الشهادة أو عن حد القذف (متن)

قد قدم الكلام في هذه المسائل كلها مسبقاً في أول الباب **قوله** ﴿ولو صلح عن القصاص بعبد فظهر مستحقاً أو حراً فالأقرب الرجوع إلى القصاص﴾ كما في الدروس وجامع المقاصد وهو الأصح لأنه عقد باطل فلا يترتب عليه سقوط القصاص لأن سقوطه حينئذ أثر العقد الصحيح والباطل لا يترتب عليه أثره وفي (التذكرة) أنه ينتقل إلى القيمة ولعله يريد إلى قيمة العبد لو ظهر مستحقاً وقيمة الحر لو كان عبداً لتضمن الصلح إسقاط القصاص على مال فلا يعود القصاص بتعذره بل ينتقل إلى قيمته وعن خط المصنف وأبي خنيفة أنه إن ظهر العبد مستحقاً انتقل إلى قيمة العبد وإن ظهر حراً رجع إلى الدية واحتمل الرجوع إلى الدية فيهما لأن المقدر بالتراضي قد فاته الرجوع إلى المقدر الشرعي **قوله** ﴿ولو صلح عن القصاص بحر يملأن حرته أو بعبد يملأن الاستحقاق في بطلان استحقاق القصاص ووجوب الانتقال إلى الدية نظر﴾ وكذلك الإيضاح لا ترجيح فيه وفي (التذكرة والحواشي) أن الأقرب بقاء القصاص وفي (الدروس وجامع المقاصد) أنه الأصح لأن الصلح باطل فلا يترتب عليه أثره وجزم في التحرير بالانتقال إلى الدية لتضمنه الرضا بإسقاط القصاص على عوض فاذا فاته انتقل إلى المقدر الشرعي دون القيمة لعدم إرادتها لعلها بامتناع كون المذكور عوضاً فكيف تراد قيمته واحتمل في جامع المقاصد السقوط لا إلى بدل لأن التراضي على ما يمتنع كونه عوضاً بمنزلة التراضي على السقوط بغير عوض فيكون إبراءهما ضعيفان لأن الباطل لا يؤثر ما تضمنه من الرضا وإرادة المجاز غير معلومة هذا وفي (الإيضاح) أنه إن وقع الاتفاق على أنه لو وكل في الصلح بخمر فصالح الوكيل سقط القصاص بجائزاً ويأتي لهم في باب الوكالة أنه لو قال له صلح عن الدم الذي استحقه بخمر ففعل حصل العفو وقد صرح بذلك جماعة ووجهه بأنه يصح التوكيل في العقد الفاسد مع أنهم قد منعه وقد أسبقنا الكلام في ذلك في باب الوكالة **قوله** ﴿ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه كالصلح مع امرأة لتقر له بالزوجة أو مع شاهد ليمتنع من إقامة الشهادة﴾ كما في التذكرة والتحرير والدروس لأنه من باب تحريم الحلال وتحليل الحرام أما الزوجة فإن كانت زوجته في الواقع لم يجز لها أخذ العوض على ذلك فلا يصح الصلح وإلا فاته كانت محرمة عليه فالامر ظاهر وإلا فإن أرادت بذل نفسها لا يصح بغير عقد النكاح ومثله مالهو صالحته ليقر لها بالزوجة ولو صالحته عن دعوى الزوجة لبكف عنها ففي (التذكرة) أن الأقرب الجواز وأما الشاهد فلأن المشهود به إن كان حقاً لا دمي كالدين أو لله سبحانه وتعالى كالزكاة والشاهد يعرف ذلك لم يجز له أخذ العوض على تركه كما لا يجوز أخذ العوض على ترك الصلاة وإن كان كذباً لم يجز له أخذ العوض أيضاً على تركه كما لا يجوز له أخذ العوض على ترك شرب الخمر وكذلك لو صالحه ليشهد له وماله صالحه على أن لا يشهد عليه زوراً لأن ترك ذلك واجب عليه كما لا يجوز أن يصلحه على أن لا يقتله ولا ينصبه ماله **قوله** ﴿أو عن حد القذف﴾ أي لا يصح الصلح كفاي التحرير والتذكرة وجامع المقاصد لأنه ليس من الحقوق المالية ولا من نواحيها وإنما شرع لتنزيه العرض فلا يجوز أن

لو تداعيا جدارا بين ملكيهما فهو في ايديهما فيحكم لذي اليئنة فان قدت قلن اتصل به بناؤه مع اليمين أو لمن جذعه عليه على رأي أو بناؤه أو عقده أو قبته أو سترته ولو كان متصلا بهما أو محولا عنها ولا طرح لاحدهما ولا غيره فن حلف فهو (متن)

يعاوض عن عرضه وفي (جامع المقاصد) انه لو صالح عنه لم يسقط الحد لان الباطل لا اثر له قال وهو مقرب التذكرة والموجود فيما عندنا من نسخها ان الاقرب سقوط الحد ولعله لانه في حكم الضرر فامل قوله ﴿ لو تداعيا جدارا بين ملكيهما فهو في ايديهما فيحكم لذي اليئنة ﴾ اذا تداعيا جدارا مطلقا بمعنى انه غير مقيد بوجه يوجب كونه لاحدهما شرعاً كاتصاله ببناء أحدهما وما في حكمه مما سيأتي فهو في ايديهما مستوية نسبتة اليهما يحكم به لذي اليئنة منهما فان قدت فن حلف عليه مع نكول صاحبه فهو له فان حلفا أو نكلا قضينا به بينهما كما صرح بذلك كله في المبسوط وأكثر ما تأخر عنه وهو واضح ويبقى الكلام في الجدار في عبارة الكتاب فان كان المراد به المنفصل المحلول عنهما فكان الأولى ان تذكر معه تمام احكامه ولا معنى لذكره بعد ذلك بقوله او محولا عنها وكذلك ان اراد به المتصل بهما معا وان اراد به المنفصل عنهما والمتصل بأحدهما خاصة كما يشهد له قوله فان قدت قلن اتصل به بناؤه فلا معنى لقوله فهو في ايديهما لان اليد في الاخير المتصل به بناؤه خاصة ويقضي هذا ايضا ان الحكم ليئنة مع انه داخل والمشهور ان اليئنة انما تعتبر من الخارج وان اراد جميع هذه الصور ورد عليه جميع ما ذكرنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قدت قلن اتصل به بناؤه مع اليمين ﴾ كما طفت به عباراتهم والمراد بالاتصال ان يكون اتصال توصيف وهو تداخل الاحجار ونحوها على وجه يبعد كونه محمداً بعد ذلك كما صرح به جماعة والوجه فيه وفي الحكم واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو لمن جذعه عليه على رأي ﴾ يخالف للخلاف والمبسوط حيث حكم فيها بأنه لا يحكم بالمناط من الجذوع له بل يكون بينهما نصين موافق للسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة لان وضع الجذع في يد اليد فواضع فيبقى الآخر خاليا فاشبه الحل على الدابة والزرع في الارض (وحاصل) ما استدلل به في الخلاف والمبسوط ما ذكره في الدروس من أن في كون الجدار سورا للدارين دلالة ظاهره على أنه في ايديهما ووضع الجذع اختصاص بزيادة ارتفاع كاختصاص أحد الساكنين بزيادة الامتعة وفيه ما عرفت ولا فرق بين الجذع الواحد وما زاد عليه عند عامة أهل العلم في الدلالة على الاختصاص والمنع كما في التذكرة وفرق الكوفي بين الجذع والجذعين وظن في الايضاح أن الرأي اشارة الى قول الشيخ في المبسوط بأن القول بالقرعة في هذه المسائل قوي قال في (جامع المقاصد) وليس بجيد لان من جملة المسائل التي قال الشيخ فيها بالقرعة ما اذا اتصل به بناؤه أو عقده أو قبته والمصنف جعل الرأي في الجذع فقط فحيث قدمه على البواقي لا يكون اشارة الى قول الشيخ هذا (قلت) الشيخ في المبسوط والخلاف لم يتعرض في مسألة الجذع للقرعة أصلا فما في الايضاح وجامع المقاصد عنه غير صحيح ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو بناؤه أو عقده أو قبته أو سترته ﴾ أي يحكم لمن كان له عليه بناء أو عقد أو قبته مع اليمين لصيرورته بجميع ذلك ذائد فليد اليمين مع قد اليئنة ولو كان لاحدهما واحدة من المرجحات ومع الآخر الباقية تساويا اذ لا أثر لزيادة اليد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان متصلا بهما أو محولا عنها ولا طرح لاحدهما ولا غيره فن حلف فهو

له مع نكول صاحبه فان حلفا أو نكلا قضي لهما به ولا ترجيح بالدواخل كالطائقات والمحاريب
ولا بالخوارج كالصور والكتابات ولا بالروازن والشبايك وفي رواية يرجع في الخص
بمعاقد قطه (متن)

له مع نكول صاحبه فان حلفا أو نكلا قضي لهما به كما صرحت بذلك عباراتهم وقد تقدم قوله
(ولا ترجيح بالدواخل كالطائقات والمحاريب ولا بالخوارج كالصور والكتابات ولا بالروازن والشبايك)
كما صرحوا به بدون خلاف أصلا لا مكان أحدائهما من جهة واضعها من غير شعور الآخر والمراد
بالخوارج ما خرج عن وجه الحائط من تقس بالخص والآجرا ورتد أورف أو نحو ذلك
(وفي رواية يرجع في الخص بمعاقد قطه) هو ما رواه المشايخ الثلاثة عن منصور بن حازم صحيحا عن
أبي عبد الله عليه السلام قل سألت عن خص بين دارين قد ذكر أن عليا عليه السلام قضي به لصاحب
الدار التي من قبله بمعاقد القمط وبذل الخص بالخطيرة في الكافي والتهذيب وفي (التهذيب والكافي) مكان
قد ذكر لفظ فزعم وما رواه في الفقيه عن عمر بن شمر عن جابر عن أبي جعفر عليه السلام عن علي عليه
السلام أنه قضي في رجلين اختصما في خص فقال إن الخص للذي إليه القمط ويدل عليه أيضا رواية
عامة صريحة بذلك مروية في الخلاف والنية والتذكرة بل في الأول أن الخبر مجمع عليه لا يدفعه أحد
سلمنا لكن الشهرة تحببه وتخير الخبر الباقي فهدى حكمي عليه الشهرة الشهدان في الدروس في موضعين
والمسالك والروضة والمقداد والمحقق الثاني في تعليق النافع والمقدس الأردبيلي بل ظاهر التذكرة والمسالك
أيضا الإجماع عليه وهو صريح الغنية والسرائر وفي (المبسوط) نسبته إلى رواية أصحابنا والمخالف والمنازل
الشيخ في المبسوط والمحقق في قضاء النافع وغير الإسلام والصبري وأبو العباس في المذهب البارز
والمقنن وقد نسب الأخير فيها الخلاف إلى المتأخرين كافة وهو غريب لأن أساطينهم كأبن إدريس
والمحقق في الشرع والمصنف والشهيد من تقدم عليه عاملون بالخبرين نعم لا ترجيح في التفتح وقد
سمعت حكاية الشرة في ستة كتب (وكيف كان) فلا وجه المناقشة في الخبرين من جهة السند ولا
الدلالة حيث قيل في قضاء النافع وغيره أن في عمر ضعفا وأنهما قضية في واقعة فلا يتعدى إلى غيرها
(وفيه) أن الصحيح تصح السؤال وبعد أن يكون ما اشتمل عليه من قضايا الأعيان إلا أن يدعى أنه
عليه السلام عرفها وأجرى الحكم بمقتضى ما علم لكن ظاهر السؤال لمولانا العماد عليه السلام وجهه به
بعده بقل قضاء أمر المؤمن عليه السلام في الواقعة يقضيان بالعموم لكل واقعة ولا أكل السؤال
مسكوتا عن جوابه وفيه تأخير للبيان عن وقت الحاجة نعم لا ريب أنها مخالفة لاصول المذهب ويمكن
تخصيصها بهما لمكان التكافؤ وقد يعمل بهما فيما إذا اقتضت العادة كون وقوع وجه القمط إلى جانب
قرينة على ملكية الخص لكن النص والفتوى مطلقان وقد وافقان الاعتبار والصحيح من الأصول أن
الظاهر أن من كانت إليه المعاقد وقف في ملكه ونعم قد قول تخصيص الحكم بمورد الرواية من
الخص دون غيره وإن حصلت فيه نحو معاقد القمط وسهت العادة بكون ذلك قرينة على ملكية إذا
أقصى ذلك الظهور ولا ينحصر به الأصول بل ترجح هي عليه حيث لا يقوم على ذلك دليل بما قدم
فيما نحن فيه أعني الخص وقال في النهاية قالوا القمط هو الجبل والخص اللبن الذي يكون في السواد

ولو شهدت البينة لاحدهما بالملك صار صاحب يد في الاس ويحكم لصاحب السفلى بجدران البيت مع اليمين ولصاحب العلو بجدران الغرفة أما السقف فان لم يمكن احداه بعد بناء العلو كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فهو لصاحب السفلى لا اتصاله بينائه على الترصيف وان كان بحيث يمكن احداه كجذع يتقب له في وسط الجدار ويحمل البيت يتبين فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية لانه ارض لصاحب العلو وسما لصاحب السفلى واختصاص الاول والثاني (متن)

بين الدور ويستفاد من الفقيه أيضا أن الحص هو الحائط من القصب بين الدارين وهو الاوفق بالص والفتوى وفي (النهاية الاثرية) نقلا عن المروى وجمع البحرين ان الحص البيت الذي يعمل من القصب وهو الموافق للعرف وقد نص انه بالضم والقمط بالكسر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شهدت البينة لاحدهما بالملك صار صاحب يد في الاس ﴾ كما في الدروس والمراد بالاس مكان الاساس كما في الحواشي وجامع المقاصد ومعناه انهما اذا اختلفا في الاس والجدار فاقام احدهما بيته في الجدار (بالجدار خ ل) فهو ذو يد في الاس وكذا الشجرة مع المغرس لان كون الجدار حائلا بين المالكين اشارة على اشتراك اليد ولا دلالة على اشتراك اليد في الاس والمغرس فاذا ثبت الجدار لاحدهما اختصت يده وان كان المراد به اي الاس الاساس المستمر من الحائط كان دخلا في شهادة البينة بكون الحدار له كما في المبسوط وجامع المقاصد فلا معنى لحصول اليد فيه بالبينة وقال الشهيد يمكن ذلك بان تشهد البينة بتملك ما ظهر لاما استتر انتهى فتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحكم لصاحب السفلى بجدران البيت مع اليمين ولصاحب العلو بجدران الغرفة ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان وفي (المسالك) انه المشهور وفي (الروضة) انه الاشهر لان جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة جزؤها فيحكم بهما لصاحب الجملة وان الظاهر ان وضع اليد على البيت وضع على جدرانها وكذلك الغرفة وعن ابي علي ان جدران البيت بينهما لان حاجتهما اليه واحدة بخلاف جدران الغرفة اذ لا تعلق لصاحب البيت بها الا كونه موضوعا على ملكه وفي (المخلف) لا باس به وفي (المسالك) انه هول جيد والاول أجود واستشكل في التذكرة ولعله ليس في محله وكذلك الحال في سقف الغرفة يحكم به لصاحبها كما في التحرير واللمعة والروضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما السقف فان لم يمكن احداه بعد بناء العلو كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فهو لصاحب السفلى لا اتصاله بينائه على الترصيف ﴾ كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر الاخيرين انه ليس محل خلاف لان الازج بناء يعقد فوق الجدران بالحص والآجر ولا ريب أن هذا النوع من البناء انما يفعل قبل امتداد الجدار في العلو لانه لا بد من اخراج بعض الاجزاء ونحوه عن سمة وجه الجدار عن قرب محل العقد ليكون حاملا للعقد فيحصل الترصيف بين السقف والجدران وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر وذلك دليل على انه لصاحب الأسفل فان اتصاله بينائه اقضى كون اليد له ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان بحيث يمكن احداه كجذع يتقب له في وسط الجدار ويحمل البيت يتبين فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية لانه ارض لصاحب العلو وسما لصاحب السفلى واختصاص الأول والثاني ﴾ أي يحتمل

ولو تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا في العرصه فان كان المرقى في صدر الخان
تساويا في المسلك واختص الاسفل بالباقي (متن)

اختصاص الاول به وهو صاحب الملو ويحتل اختصاص الثاني به وهو صاحب السفلى وتفرع الاحتمالات
الثلاثة على اشتراكهما غير صحيح قطعا وكيف كان فالاحتمال الاول خيرة المبسوط وقواء في الدروس قال في
(المبسوط) ان لم يكن لاحدهما بيعة حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فان حلفا كان بينهما نصفين
والاحوط أن يقرع بينهما فمن خرج سهمه حلف وحكم له به وقال في (الخلاف) يقرع بينهما فمن خرج
اسمه حلف لصاحبه وحكم له به وأن قلنا انه يقسم بينهما نصفين كان جائزا فقد قال ايضا فيه بالتسوية
وهو قضية القول بالقرعة كما هو خيرة اللمة كما هو خيرة الخلاف في اول كلامه والمبسوط في آخره وقد
استحسنه في الشرائع (وقد استدل عليه في الخلاف) باجماع الفرقة على أن كل مجهول فيه القرعة وهذا
من الامر المشتبه ويشكل بان مورد القرعة المجهول الذي لا يحتمل اشتراكه بين المتقارعين بل هو
حق لاحدهما مشتبه وهنا ليس كذلك لانه كما يجوز كونه لاحدهما يجوز كونه لهما معا لاستوائهما فيه
كما اعترف هو به في الكتابين (والحاصل) أن القول بالقرعة يتنافى القسمة التي جوزها في الكتابين
ومعنى قولنا أن القول بالتسوية قضية القول بالقرعة انهما متساويان في اليد ولا ترجيح لاحدهما على
الآخر والا فهو قول آخر كما في الشرائع وغيرها والاحتمال الثاني وهو اختصاص صاحب الملو به خيرة
السرائر والارشاد والمختلف والحواشي وجامع المقاصد ومجم البرهان وهو المحكي عن ابي علي وفي (التذكرة)
لا بأس به وفي (الروضة) ليس يبعد لان الفرقة لا تتحقق بدونه والبيت يتحقق بدون السقف وهما
متصادقان على أن هنا غرفة فلا بد من تحققها ولان تصرفه فيه اغلب من تصرف الآخر والاحتمال
الثالث لم نجد قائلًا به منا وانما هو لابي حنيفة قال لان السقف على ملك صاحب السفلى فكان القول
قوله فيه كما لو تنازعا سرجا على دابة احدهما (وفيه) انه قياس مع الفارق لان السرج لا ينفع به غير
صاحب الدابة ويده وحده عليه والسقف هنا ينتفعان به معا ووجهه في (الايضاح) بان الهواء تابع للسفل
لانه متوقف عليه ولم يرجح فيه شيئا من الاقوال الاربعة ووجهه في (جامع المقاصد) بشدة احتياجه اليه
وان الفرقة على البيت ولا تتحقق الا بعده والبيت لا يتم الا بالسقف وفيه أن اقصى ذلك انه الغالب
ولم يثبت ما يقضي باليد لصاحب السفلى وصاحب الملو مختص باليد والتصرف ~~حاله~~ قوله ~~ولو~~
تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا في العرصه فان كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك
واختص الاسفل بالباقي كما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ونحوه الشرائع والتحرير
والارشاد قال في (السرائر) ولو تداعيا الصحن قضى منه بما يسلك فيه الى الملو بينهما وما خرج عنه
لصاحب السفلى وهو معنى ما في الكتاب ووجهه أن صاحب الملو لما اقتقر سلوكه اليه الى التعرف
من الصحن في قدر المر كان له عليه يد دون باقي الصحن وصاحب السفلى يشاركه في التصرف
وينفرد بالباقي فيكون قدر المسلك بينهما وقد خالف الشيخ في المبسوط والمصنف في التذكرة قذها
الى أن السفلى بينهما نصفين قال في (المبسوط) أن كانت الدرجة التي يرتقى منها الى علو الخان في صدر
الصحن كان السفلى بينهما نصفين واحتمله في الدروس لان صاحب الاعلى لا يكلف المرور على خط

ولو كان في الدهليز أو في أول الباب فن أول الباب إلى المرقى بينهما والباقي للأسفل ولو خرج المرقى عن خطة الخان فالمرصة باجمها للأسفل ويقضى بالدرجة لصاحب الملو (متن)

مستقيم ولا يمنع من وضع شيء فيها ولا من الجلوس قليلا فله يد على الجميع في الجملة وجزم في اللغة بأن الأهل يختص بقدر ما يسلكه لكونه من ضرورة الانتفاع بالغرف وله عليه يد في جملة الصحن وهو الذي استظهره المولى الأردبيلي وصدر الخان نهايته في السمة وهو آخر خطه المقابلة للباب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان في الدهليز أو في أول الباب فن أول الباب إلى المرقى بينهما والباقي للأسفل ﴾ قد صرح بالحكم المذكور فيما إذا كان في الدهليز في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وأما إذا كان في أول الباب ففي جامع المقاصد أن الاشتراك لا يتأتى إذا المرقى في أول الباب ويمكن أن يقال لا بد من الباب والصعود في المرقى فالاشتراك إلى أول المرقى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو خرج المرقى عن خطة الخان فالمرصة باجمها للأسفل ﴾ ولا تعلق لصاحب الملو بها بحال كما في التذكرة والدروس والمسالك والروضة لأنه لا يدل على شيء منها إلا أن قول في السكة المرفوعة باشتراك الفضلة بين الجميع ويؤيده أن المرصة بمجملتها يحيط بها الأعلى كما يحيط بها الأسفل فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقضى بالدرجة لصاحب الملو ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللغة وجامع المقاصد وجميع البرهان والدروس والمسالك والروضة لأنها لا تنفاه والضرورة ماسة به إليها ولا كذلك صاحب السفلى والعقل يحكم بأن الأمر الذي هو ضروري لشخص دون آخر يختص بصاحب الضرورة وقيد الحكم في الثلاثة الأخيرة بما إذا اختلفا في الخزانة قالوا أما لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب البيوت السفلى كانت كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل أي فلي تقدير القول ثمة بأن السقف لصاحب الغرفة فانه يحكم هنا بالدرجة للأعلى مطلقا سواء اختلفا في الخزانة أم اتفقا على أنها للأسفل وعلى القول بالاشتراك في السقف فانه هنا مع الاتفاق على الخزانة للأسفل تكون الدرجة مشتركة بينهما كالسقف ثمة أما مع الاختلاف فيها أي الخزانة فالحكم فيها أنها للأعلى وانت خير بان الجماعة اطلقوا بل اطلاق المبسوط كاد يلحق بالتصريح بعدم الفرق بين الاختلاف في الخزانة والاتفاق ثم انك قد عرفت أن جماعة قالوا في السقف بالقرعة كالشيد في اللمعة والشيخ في أحد قولي في السكتين وجماعة قالوا فيه بالاشتراك وهذا لا يجامعان اختصاص العلوي بالخزانة مطلقا بل لا بد فيها من القرعة عند من ذهب إليها هناك كما انه لا بد من الحكم بالاشتراك كما قيل به هناك مع أنهم اطلقوا هنا من دون تقدم عهد ولعله مبني على ما أشار إليه في المبسوط من شدة ندرة الاتفاق على أن الخزانة لصاحب السفلى قال في اثنا، كلام له أن الدرجة لا يقصد بنائها إلا الصعود عليها ولا يقصد أحد عمل خزانة بمقد درجة وتختلف السقف فانه يقصد بنائه ستر البيت دون عمل غرفة وقد يقصد به عمل غرفة دون ستر البيت فلذلك كان أي السقف بينهما انتهى لكنه يقضي بأن الخزانة للأعلى أيضا وهو مختاره فيه كما سنسمع أو مبني على أن الدرجة كالحائط أو السقف المتصل ببناء أحدهما بناء ترصيف فيحكم بها للأعلى وإن كانت خزانة للأسفل وليست كالسقف الذي هو محل الخلاف أي الذي يمكن أحداثه فليتأمل نعم لا بد من التقييد في الدرجة بما إذا كانت معقودة فلو كانت دكة غير معقودة أو كانت ملما في محل الصعود مربوطا به أم لا فلا مجال للاختلاف فيها بل هما للأعلى قول واحد على ما قد يفهم من التذكرة

ويتساويان في الخزانة تحتها كل ذلك مع اليمين والمسناة بين الملكين كالجدار (متن)

كما أن السلم الموضوع في غير محل الصمود ملك لصاحب السفلى إذا كان في ملكه ﴿ قوله ﴾
﴿ ويتساويان في الخزانة تحتها ﴾ كما في الشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي
(الروضة) أنه قوي لأن لكل منهما شاهدا بالملك إذ الظاهر أن الدرج لصاحب العلوي فيكون مكانه له
لأن الهواء تابع له وكذا الظاهر أن الخزانة كسائر البيوت السفلى وفي (المبسوط) أن الأقوى هنا أنها للأعلى
كما تقدم عنه ما يدل عليه وفي (الارشاد وجمع البرهان) أنها للأسفل لاتصالها بملكه ووضع يده عليها
كسائر بيوته وحكم في الأمة بالقرعة وفيه ما مر واحتمل في التذكرة فيها الاحتمالات الثلاثة الاشتراك
واختصاص كل منهما بها ولا فرق فيها بين الصغيرة والكبيرة كما في مجمع البرهان وهو قضية الاخلاق
ولا عبرة بوضع الأسفل آلاته وكبرانه فيها كما في التذكرة والحزاة بالسحر كتابه قاله في التماموس
﴿ قوله ﴾ ﴿ كل ذلك مع اليمين ﴾ أي في جميع المسائل سوى التي جعلناها فيها وما صاحبي يد
والتي رجحنا فيها واحد فان اليمين على صاحب اليد لأنه المنكر ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمسناة بين الملكين
كالجدار ﴾ لو تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر أو بين أرضيهما أو بين نهريهما تخالفا وكانت
بينهما لأنها حاجز بين ملكيهما كالحائط بين الملكين كما صرح به كله في التذكرة ونحوه ما في التحرير
« . » وقد وفق الله سبحانه وتعالى بينه وبينه بركة خير خلفه سيدنا محمد وآله صلوات الله عليهم
اجمعين لاتمام هذا الجلد في أول شهر ربيع الأول سنة ١٢٢١ ألف ومائتين وأحدى وعشرين من
الهجرة مع تشأت الأحوال واشتغال البال بما قابنا من الخارجي المأمون في أرض نجد فانه أخيراً ما أخيراً
في الدين وأماح دماء المؤمنين وتخريب قبور الأئمة المهضومين عليهم صلوات رب العالمين ما غار
سنة ١٢١٦ سنة عشر على مشهد الحسين عليه السلام وقتل الرجال والأطفال وأخذ لأموال وكتاب
في الحضرة المقدسة فخر ببناءها وهدم أركانها ثم انه بعد ذلك استولى على مكة والمنورة والمدينة الممودة
وأنزل بالبقيع ما فعل لكنه لم يهدم قبة النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم وفي السنة الحادية

والعشرين في الليلة التاسعة من شهر صفر قبل الصبح بساعة هجم علينا في

النجف الأشرف ونحن في غفلة حتى أن بعض أصحابه صلوا

السور وكادوا يأخذون البلد فظفروا لأهلاً مؤمنين عليه

السلام المعجزات الظاهرة والكرامات

الباهرة قتل من جيشه كبير

ورجع خائباً وله الحمد

على كل

حال

م

بلغ مقابلة من أول كتاب الدين الى هنا على يد الأقل محسن الحسيني العاملي عفى عنه

﴿ طبع بمطبعة الشورى بالنجف بمصر لصاحبها محمد محمد عبد الرحيم ﴾

(يان الخطأ الواقع في كتاب الدين من مفتاح الكرامة مع صوابه)
(ويدخل فيه الدين والرهن والحجر والضيان والحوالة والكفالة والصلح)

ليعلم أنا لم نال جهداً في تصحيح هذا المجلد كغيره من المجلدات المطبوعة قبل الطبع وحالته ولكن الخطأ والضيان ملازم لتويع الانسان الا من عصمه الله تعالى وقد وقعت فيه اغلاط بعضها حال الطبع وبعضها بما زاغ عنه البصر حين المقابلة قبل الطبع كما انه قد سقطت بعض الكلمات والجل من المتن الموضوع في أعلى الصفحات في النصف الاخير خاصة من هذا المجلد بسبب ان بعض المساعدين لنا قل المتن في النصف المذكور من نفس الشرح سهواً ومعلوم ان الشرح لا يشتمل على جميع المتن وحرصاً على صحة الكتاب قابلناه مرة ثانية بعد الطبع ووضنا هذه الطريقة الآتية لمرقة الصواب (فالنمرة الاولى) للصفحة والثانية للسطر ويفصل بينهما نجمة والكلمة الاولى أو أكثر النقط والكلمة الثانية أو أكثر الصواب ويفصل بينهما نقطة فان كان يجنب الكلمة الثانية هكذا « ظ » فهو علامة على ان الظاهر انها الصواب وان كان يجنبها هكذا (خ ل) فهو علامة على انها نسخته بدل عن الاولى فان كان يجنبها هكذا (خ) فهو علامة على وجودها في بعض النسخ دون بعض وبقيت اغلاط يسيرة لا تخفى على المطالع تركناها اختصاراً

١١ * ٢ قرض . قرض ٢٣ * ٢ سترف . سترف ٤ * ٥ لا . ٢٠ * ٢٠ وباد . وباد ٨ * ٥
كان . كان ٩ * ٥ غيره . غيره ١٩ * ٥ والتذكرة . والتذكرة ٣٠ * ٥ المقتضي .
المقتضي ١١ * ٦ الله . الله تعالى ٢٠ * ٦ اجارة . اجارة ٢١ * ٦ كأنه . وكأنه ٢٨ * ٦ يقضى .
يقضى ٣١ * ٦ قريب . قريب انشاء . الله تعالى ٤ * ٧ يفروا . يفروا ٢٨ * ٧ ماذا . ماذا « ظ »
٣٥ * ٧ فيه أيضاً . فيه ٣ * ٨ يأمر . يؤمر ٤ * ٨ دون صرف . دون صرف ٢١ * ٩ والبدن .
أو البدن ٢٨ * ٩ وقال . وقال « ظ » ٢٩ * ٩ الحظر ١٢ * ٩ حجة مقدمة الواجب .
حجة مقدمة الواجب ١٣ * ٩ واصل . اصل ١٠ * ١٣ فليست مأموء . فليست مأموء ١٣ * ١٦ ان .
يان ١٣ * ٢٧ ولو وجدت . ولو وجدت ١٣ * ٣٣ النمي . النمي ١٥ * ١٧ جهله . جهله ١٥ * ٣١
أم . أو ١٦ * ١٠ بن . ابن ١٦ * ٢٠ وروى . روى ١٦ * ٢٩ و٣٠ * ٣١ عبد الله . عبد الله عليه
السلام ١٨ * ١٢ فيا . فيا آله ١٩ * ٣٢ المقود . والمقود ٢٠ * ١٨ ان . انه ٢٠ * ٢٧ حاضر .
حاضر ٢١ * ٦ ضبط . ضبط ٢١ * ٦ ففوق . فوق ٢٢ * ٢١ ادري . ادري ٢٢ * ٢٨ ظريف .
طرف ٢٨ * ٢٢ الشكلي . الشكلي ٢٤ * ١ اقتسامها . اقتسامها ٢ * ٢ والروض . والروض « ظ » ٣٥ *
١٣ قوى . قوى ٢٥ * ٢٧ يد . يد ٢٩ * ٣١ الكلام . الكلام عليه « ظ » ٣٠ * ٢١ والمنافع .
والمنافع ٣١ * ١٥ بشي . بشي ٣١ * ١٩ ثمن . ثمن ٣٢ * ١٧ وان للمقرض . وان للمقرض « ظ »
٢٤ * ١٨ انه . انها ٤٠ * ٣١ استمرة . استمرت ٤١ * ١٢ ويدعي . ويدعي ٤١ * ١٨ حرمة .
لحرمت ٤١ * ٢٧ يرجي . يرجي ٤٢ * ٦ ولأنه . لأنه ٤٢ * ٢٠ جملة من « ظ » ٤٢ * ٢٢ جواد .
جواز ٤٣ * ٣ تمر . تمر ٤٤ * ١ قضا فند . قضا ٤٦ * ١٨ وظاهره . وظاهره ٤٧ * ١٨ دونه . دون ٤٨ *
٢٢ محتاج . محتاج اليه « ظ » ٤٨ * ٢٥ الكفاية فيه . الكفاية ٥٠ * ١١ لا يأتي . لا يأتي ٥١ * ٤
يداه . يده ٥١ * ٥ ان . انه ٥١ * ٢٠ ارجاعه . ارجاعه خ ل ٥١ * ٢٦ قاله . قاله الشيخ ٥٢ * ٢٤
ما أجاب . واجاب ٥٤ * ٢١ المضمر . المضرة ٥٤ * ٢٤ والقروس . والارشاد ٥٥ * ١٣ بجبره .

يجرده ٥٥ * ٢٤ النافع . النافع وغيره ٥٦ * ٨ المقدود . المقدود ٥٦ * ٢٨ ادعي . ادعي ٥٧ * ١٧
 وكون . وكون القيه ٥٩ * ٣١ موجلا ولا معنى لاطراح . كذا في بعض النسخ والظاهر ان الصواب
 حذف ولا معنى كما في البعض الآخر ٦٠ * ١٧ علامه . علاق ٦٠ * ٣٠ و٦١ * ١٥ طالبة . طالبة ٦١ * ١٦
 ولو . لو ٦٢ * ٧ ان . انه ٦٢ * ١١ اعراضا . اعراضا خ ل ٦٣ * ١٨ برأسها . برؤسها ٦٤ * ١١
 قيا . قيا ٦٤ * ١٩ لازما . لان ما ٦٥ * ١٢ القرض . القرض ٦٥ * ١٥ والمنافع . والمنافع ٦٥ * ١٥
 والكلمات . والكاتب ٦٦ * ٧ لا . الا ٦٦ * ١٦ كفتنا . ا كفتنا ٦٦ * ١٧ يخلي . يخلي ٦٩ * ١٦
 الامر . الامر ٧١ * ٢١ اثنان هنا ساقط من أعلى الصفحة وهو هذا . (الاول) الصيغة ولا بد فيه
 من ايجاب كقوله رهنك أو هذا وثيقة عندك على كذا أو ما أدى معناه من الالفاظ (من) ٧١ * ٥٥
 الوقوف . الوقوف ٧١ * ١٤ يدعوا . يدعوا ٧١ * ١٩ يقي . يقي ٧٢ * ٥٥ ونعم . ونعم ٧٣ * ٩
 امراض . امر آخر ٧٣ * ١٨ الايجاب . ايجاب ٧٥ * ٢٨ ذمت . ذمة ٧٦ * ٨ والخلاف . الخلاف
 ٧٦ * ١٨ عنده ايضا . عنده رضي الله عنه ٧٧ * ٢٠ فيقدر . فيقدر ٧٩ * ٢١ المبيع . البيع ٨١ * ٢٠ ولا . ولا
 ٨١ * ٢١ واحد . واحدا ٨١ * ٢١ صفة . صفة ٨٢ * ١١ لكن . لكن في ٨٢ * ٣٠ هـ . هـ
 هنا ٨٥ * ١٦ البيع . المبيع ٨٨ * ٤ الخبز . الجزء ٨٩ * ١ المباشرة . المباشرة ٨٩ * ١ والثاني . الثاني
 ٩١ * ٢٣ قضية . وقضية «ظ» ٩١ * ٢٤ الارش . لا ارش ٩٢ * ٢٠ وجمل قبل . وجمل ٩٣ * ٢٨
 الاستاذ . الاستاذ ٩٤ * ٩٠ يقتضي . يقتضي ٩٤ * ١١ قليل بل . قليل ٩٨ * ٩٠ يكون . كذا في
 النسخة والمطابق امواعد المريسة يكن أو فيكون ٩٩ * ٥٠ المجموع . المجموع ٩٩ * ١١ جزأ . جزء
 ١٠١ * ٧ فباع . فبيع «ظ» ١٠١ * ٩٠ وبنى . وبنى ١٠١ * ٢٣ برهن . برهن ١٠٣ * ٢٧ وظاهر .
 وظاهره ١٠٤ * ٧٥ مرتفعان . مرتفعان ١٠٥ * ١٥ على . وعلى «ظ» ١٠٥ * ٣٢ قال قال . كذا في
 النسخة والظاهر زيادة أحدهما ١٠٦ * ٣١ الكلام . الكلام ١٠٨ * ٢٥ قدر . قدر ١٠٩ * ٢٥ التهذيب .
 والتهذيب ١١٠ * ٣ الدين . الدين ١١٠ * ١٧ كلاما . كلاما ١١٠ * ٢٠ الاقتصاد . الاقتصاد
 ١١١ * ٣١ وتقريط . تقريط ١١٢ * ٦ تأ كيدا وفسيرا . تأ كيدا أو تفسير ١١٢ * ١١ كلو . كذا
 في النسخة والظاهر زيادة لو ١١٢ * ٢٤ المذكور . المذكور ١١٣ * ٩ الرهن . رهن «ظ» ١١٣ * ١٨
 على . وعلى «ط» ١١٤ * ٢٣ الله . الله تعالى ١١٥ * ٣٢ وغيره . وغير ١١٦ * ١٨ التقض
 القص ١١٧ * ٣ ذا . اذا ١١٨ * ١١ قال . قالوا ١٢١ * ٦ قارهن . قارهن ١٢٢ * ٧ كما . ما
 ١٢٢ * ١١٥ بنى . بنى ١٢٢ * ٢٢ والوطؤ والوطئ ١٢٣ * ٣١ لان لا ١٢٤ * ٨ موهوب .
 موهون ١٢٤ * ١٦ القابل . القابل ١٢٤ * ١٨ في المبسوط . المبسوط ١٢٤ * ٣٣ استسمت .
 استسميت ١٢٧ * ١ ووجه ووجه ١٢٨ * ١٣ بين . بين «ظ» ١٢٨ * ١٩ نى . نى ١٢٩ * ٥
 ١٢٩ * ٢١ الزم . الزم «ظ» ١٣ * ٢٣ بجرياتها . بجرياتها ١٣٠ * ٢٩ الاستقا . الاستيثاق ١٣٤ * ٧
 والاحتيا . والاحتيا ل ١٣٦ * ٢٠ الاولتين . الاولتين (الاولين خ ل) ١٣٧ * ٣٠ عقد . عقدا ١٣٨ * ١٤
 شرط . شرط ١٣٨ * ٢٥ للصفة . الصفة ١٤٠ * ١٤ ادعى . ادعى ١٤٤ * ٣١ عبر . عبر
 ١٤٥ * ٣ اقبض اقبض ١٤٥ * ٣٣ لكن ركن ١٤٧ * ١٩ يجيب . يجب ١٤٩ * ٣ يده .
 يده ١٥٠ * ١٠ المشرط . المشرط ١٥١ * ٢٢ بان لا كفا . بالا كفا ١٥١ * ٢٨ تحقيق .
 تحقق ١٥٣ * ١ مكاتبه . مكاتبه ١٥٣ * ١٣ صحة . صحت ١٥٥ * ٢ ليتقن . ليتقن ١٥٨ * ٥

٢٠ فاقوت . فاقول ١٦٠ * ٢٩ واستدامة معه فلو أشربا . واستدامة مما فلو شرطا ١٦٠ * ٣١
 عبد . عبداً ١٦١ * ١٢ لآله . لآلهما ١٦٢ * ١٠ وتارك . وترك « ظ » ١٦٣ * ٢ متطوع .
 متطوع « ظ » ١٦٣ * ٢ لها ١٦٣ * ٩ الآتية . كذا في نسختين وصحته محتملة ويحتمل أن
 يكون الصواب الأمانة ١٦٣ * ٢٠ الى ثمة ان . الى يد ثمة ١٦٤ * ٢ كان . كانا ١٦٥ * ١٩ قدم .
 وقدم « ظ » أو كما قدم ١٦٦ * ٢٢ الفرض . الفرض « ظ » ١٦٧ * ١٢ ولو . لو وصليه (حاشية)
 ١٦٧ * ٢٣ عليهم أجمعين . عليهم ١٧٠ * ٦ ذكر . ذكراته « ظ » ١٧٥ * ٢٠ أحدهما . أحدهما
 ١٧٦ * ٢٩ لا يخلوا . لا يخلو ١٨٠ * ٢٨ بن . ابن ١٨٠ * ٢٩ الظاهر . ظاهر ١٨١ * ٥ بمحصل .
 الضرر الى . كذا في النسخة ولمل الصواب على أو بوصول الضرر الى الخ ١٨٤ * ١٠ الجرح .
 الجرح « ظ » ١٨٤ * ٢٦ ميتة . ميتهم « ظ » ١٨٨ * ١٩ الحل الى . الحل ١٩٠ * ٨ بقطة .
 بقطة ١٩١ * ٢٢ يجرى . يجري ١٩٢ * ١٤ الحرير . التحرير ١٩٧ * ١ و ١٦ الجذاذ . الجداد
 خ ل ١٩٧ * ٢٩ وأبي علي خ ل . وأبي علي خ ٢٠٠ * ١٨ وإبرأت . أو أبرأت ٢٠٠ * ٢٢ فاسد .
 فاسداً ٢٠٠ * ٢٤ صلى الله عليه وآله وسلم . كذا وجد ولكن الظاهر ان الرواية امامية لانبويه
 فلتراجع ٢٠٠ * ٢٦ والحرير . والتحرير ٢٠١ * ١ بالتاني . بالباقي ٢٠٦ * ٧ رهنا . رهنا خ ل ٢٠٦ *
 ٣٢ الظاهر . والظاهر ٢٠٧ * ٣ كاذبان (متن) . كاذبان الا أن قول الصغيرة لا تطعن في العدالة
 والكذب منها (متن) ٢٠٨ * ٢ للآخر . الآخر ٢٠٨ * ٥ متما . متما ٢٠٨ * ٢٠ والاختصاص .
 أو الاختصاص ٢٠٩ * ١ لو . ولو ٢٠٩ * ١ قدم . قدم قول ٢٠٩ * ٢٤ في ملقيه قدس سره .
 قدس سره في تعليقه ٢١٠ * ٢ وحظا . وخلصا ٢١٠ * ٢٠ نفي . نفي ٢١١ * ١ الرهن . الرهن
 ٢١١ * ٦ وفوضت . وفوضت ٢١١ * ١١ بهنه . بل بهنه ٢١٢ * ١ ولا فرق في . ولا فرق بين
 ٢١٢ * ٢ نو . نو ٢١٢ * ٣ الدرهم . الدرهم درهماً ٢١٢ * ١٩ و ٢٠ المقضي . المقضي
 ٢١٣ * ١ عنها ودفع . لها فدفع خ ل ٢١٣ * ٢ عن . من ٢١٣ * ٣ مع . في ٢١٣ * ٢٨ يكون
 قد . وقد يكون ٢١٤ * ١ رأي (متن) . رأي وفي ان الرهن على نصف الدين لا كله (متن) ٢١٦ * ٨
 عصه . عطية ٢١٧ * ٢ نظر . فيه نظر ٢١٧ * ٢١ تسليمه (تسليم خ ل) . تسليم ٢١٧ * ٣١
 وثانياً . وثالثاً « ظ » ٢١٨ * ٢ وثالثاً . ورابعاً « ظ » ٢١٨ * ٢٣ بحكم . بحكم ٢١٨ * ٢٥ وشكا .
 وشك ٢١٨ * ٢٩ مشكول . مشكوك ٢١٩ * ٣ لا حاصل . كذا في النسخة ومعناه غير ظاهر فليراجع
 ٢١٩ * ٢٥ لا يقوى . لا يقوى ٢٢١ * ٢٤ للقامين . القامين على « ظ » ٢٢٢ * ١ وان . فان
 ٢٢٢ * ٣ ينفوا . ينفوا ٢٢٢ * ١٢ اذا . اذا ٢٢٢ * ٢٥ مقابله . مقابله خ ل ٢٢٣ * ٨ دليل .
 دليله ٢٢٦ * ١ وغرامة العبد بفكه . وغرامة للعبد بفكه من الرهن ٢٢٦ * ١ بالقيمة . بالقيمة مع
 البذل ٢٢٦ * ٢١ الرهن . الرهن ٢٢٨ * ١ التخليص . التخليص خ ل ٢٣٠ * ٢ و ٢٠ برقيته .
 برقيته ٢٣٠ * ٣ المستوفان . المستوفاة ٢٣٢ * ٢ فينتق . فينتق عليه ٢٣٢ * ٢٥ لان في . لان
 ٢٣٣ * ٣ الحجر الحجر . الحجر وهو المنع عن التصرف ٢٣٤ * ١ وهنا فصول الاول الصغير وبحجر
 عليه في جميع التصرفات (متن) . هنا فصول الاول في الصغير وبحجر عليه في جميع التصرفات ويعتد
 بأخباره عن الاذن في فتح الباب والمالك عند ايصال الهدية (متن) ٢٣٤ * ٢ الصباغ . الصباغ
 ٢٣٤ * ٣ وحجرة . وحجر ٢٣٤ * ١٨ الحلة . الحلة ٢٣٥ * ١ و ٦ بأحرين . بأمور الاول ٢٣٥ *

٢٧ القولين . أحد القولين ٢٣٦ * ٢١ الروضة . الروض ٢٣٧ * ١ الضيف . الضيف ولا شر
 الابط ٢٣٨ * ١ الاتي (متن) . الاتي وفي رواية اذا بلغ الصبي عشرأ جازت وصيته وصداقته وأقيمت
 عليه الحدود الثامة وفي أخرى خمسة اشبار (متن) ٢٤٠ * ٥ حق . متى ٢٤٠ * ١٩ نضنة . نضنته
 ٢٤٠ * ٢٨ الا . لا ٢٤٢ * ١ سبه (متن) . سبه ولا يعرف الحل الا بالوضع فيحكم حينئذ بالبلوغ
 قبل الوضع ستة أشهر وشي (متن) ٥٥٢٤٢ * ٥ ونق . وفي ٢٤٣ * ١ الملكة . الملكة ٢٤٧ * ٣
 و . ! أهلاً . أهلها ٢٤٧ * ٤ وروى ابن عباس . كذا في التسعة واصل الصواب وروى عن ابن
 عباس ٢٤٧ * ٥ قردتا . قردتا ٢٤٧ * ١٣ يبدلون * يبدلون ٢٤٧ * ٢٨ وينفر . وينفر ٢٥١ *
 ٢٧ اقتصر على . اقتصر في « ظ » ٢٥٢ * ١٢ الى . على « ظ » ٢٥٢ * ٢٠ تحته معيان . الظاهران
 هاتين الكلمتين حاشية ٢٥٣ * ٧ أخرج . خرج ٢٥٤ * ١٤ (اجتهد خ ل) . (اجتهد خ ل)
 ٢٥٥ * ١٨ وجده . أوجده ٢٥٥ * ٩ آتيك . آتيك « ظ » ٢٥٥ * ١٢ بخلوا . بخلوا ٢٥٥ * ١٧ أراقا صله آراء . اري
 فاصله آراء ٢٥٥ * ١٩ صدور . صدره ٢٥٥ * ٢٤ المرائي . المرائي ٢٥٦ * ٢١ معارض . يعارض ٢٥٧ *
 ٣ المسالك . المسالك قال « ظ » ٢٥٨ * ٢٦ اطلاق . اطلاق ٢٥٩ * ١٨ تجده . تجدد ٢٦١ *
 ١٣ ما اذا . ماذا ٢٦٤ * ١٩ صنيعة . صنيعة ٢٦٥ * ٣١ طلقاً . طلق ٢٦٥ * ٣٢ تخصيص .
 تخصيصاً . ظ ٢٦٦ * ٢٢ صحة . أصح ٢٦٧ * ١٠ قدوة . قدوة ٢٦٧ * ١٧ وامله . وامل
 ٢٦٧ * ٢٥ وامل نظائر . وامل ٢٧ * ١ أو صمه . أو في صمه ٢٧٠ * ٢١ يحفظ . يحفظ ٢٧١ *
 ٤ وليس للأب . وللأب ٢٧٢ * ٣ المقصد الفصل ٢٧٣ * ٨ تدعوا . تدعو ٢٧٣ * ١٠ شذاء .
 شرا ٢٧٣ * ١٨ ولم . ولو لم « ظ » ٢٧٤ * ٩ بخلوا . بخلوا ٢٧٥ * ٢٧ من أعلى هذه الصفحة وهو هذا
 وهل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم أو يكفي فلهذا السقف الاقرب الاول ولا يزول الا بحكمه (س)
 ٢٧٥ * ١٤ وهل يتوقف . قوله وهل يتوقف الحجر عليه ٢٧٦ * ٢٠ ضعف . ضعف ٢٧٨ * ١
 لو أذن . وله أذن ٢٧٨ * ٢٥ ولا . ولأن ٢٧٩ * ١٣ أحرج . أجرني ٢٨١ * ١٣ والآن . ولأن
 ٢٨٢ * ٢ بالصوم دون الهدي . بالصوم ٢٨٢ * ٢٠ يجب على . يجب عليه ٢٨٤ * ١٠١ الاقوى .
 رأي ٢٨٤ * ١٢ اذا . اذا ٢٨٤ * ٣٢ أي الخبرين . هذه حاشية ٢٨٦ * ٢٠ محمولان . فمحلولان
 ٢٨٧ * ٢١ السيد . السيد حينئذ ٢٨٩ * ١ وثقت . وثقت ٢٨٩ * ٣ له . له المولى ٢٩١ * ٣
 يم . يم ولا يتعلق ٢٩٢ * ١ ينضم . ولا ينضم ٢٩٢ * ١ نظر اقربه ذلك . نظر ٢٩٢ * ٢ يصير .
 ولا يصير ٢٩٢ * ١٥ لم يكن مادونا . لم يكن مادونا ٢٩٢ * ٢٠ كما . كما في ٢٩٢ * ٣٠ ومشاهدة .
 وشهادة ٢٩٣ * ٢٦ السر . والسر ٢٩٤ * ٤ بحال . بحال ٢٩٤ * ١٤ بنفسه الا . بنفسه لا ٢٩٥ *
 ١٧ لا شعار . لا شعار ٢٩٥ * ٣١ ضرب بس . ضرب ٢٩٥ * ٣٢ على اذا . على ما اذا ٢٩٨ * ١٣
 والاستصحاب . والاستصحاب ٢٩٨ * ٢٩ الخير . الخير ٢٩٨ * ٢٩ وامله . وامل ٢٩٩ * ١١ والشعة .
 والشقة ٢٩٩ * ٥ الزمت بالبرأ . لزمت بالبرأ ٣٠٢ * ٢٥ في . من ٣٠٢ * ٥ مريضاً . مرضاً ٣٠٤ *
 ٩ وضعنا . وضعنا ٣٠٥ * ٢٣ باختصاص . في اختصاص ٣٠٥ * ٣١ كأن . كأن ٣٠٦ * ٣٠ البناء .
 بالبناء « ظ » ٣٠٧ * ١٠ ماله (متن) . ماله وهل يتعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب والنتاج
 والتمرة الاقرب المنع (متن) ٣٠٧ * ٣٠ بالقرض . بالقرض ٣٠٨ * ٦ وصيته . وصية ٣٠٩ * ٢ بن
 ٣٠٩ * ١٠ على ان . على بن ٣٠٩ * ٢٩ غير . عين ٣١٠ * ١ من . لمة من ٣١٠ * ٣ وهو . ومن

٣١٠ ١٣٠ ٣١٠ يأتي يوم . من يأتي يوم ٣١٠ ٢٠ ٢٠ الدين ٢٠ ٣١١ وقصر . وقصور
 ٣١١ ٥٥ ٣١١ لهذا . بهذا ٣١١ ١٢ شرط . شرطاً ٣١٤ ٢٠ غير . غيراً ٣١٦ ١ في الفو .
 والفو ٣١٦ ٤ غير . عين ٣١٧ ٢٥ على . عن ٣١٨ ١ و اقراض . اقترض ٣٣١ ١٤
 أولا الايقاف لا . أولا لا الايقاف ٣٣٢ ١ خاصة . خاصة لاني حق الغراء ٣٣٤ ٤ ويصير .
 ويصير ٣٣٤ ١٧ المقر . المقر له ٣٣٥ ١ القرض . المقرض ٣٣٦ ٢ نظر اقربه المنع . نظر
 ٣٣٦ ٣ له . له الغراء ٣٣٧ ١ عنه . عنه ٣٣٧ ٢٧ دية . ريبه ٣٣٧ ٣٢ برفه .
 برفه ٣٣٨ ٢٤ استطراد لها . استطرادها ٣٣٩ ٢٦ البدوة . البدوة ٣٣٩ ٢٨ وجهه .
 وجهه «ظ» ٣٣١ ١ ثم . ثم يقسم ٣٣٣ ١٣ نفي . نفي ٣٣٥ ١٩ ايمان . اقسام ٣٣٦ ٢١
 بن . ابن ٣٣٦ ٢٤ قارض . قارض ٣٣٦ ٢٥ هناك . هناك ٣٣٧ ٥ وكلتدافسين .
 أوكلتدافسين ٣٣٨ ١ و ١٢ الغريم . الغريم بالدين ٣٣٨ ٢ على الاقوى . قطعاً ٣٣٩ ٣
 غيره (متن) . غيره وان لم يكن سواها (متن) ٣٤٠ ٦ من . عن ٣٤١ ٢ و ١٩ المال . المال به
 ٣٤١ ١٢ القرض . القرض ٣٤٢ ٣ قالوا قال . قال «ظ» ٣٤٢ ٢٧ بخلوا . بخلوا ٣٤٣ ٥
 ٤ بقيمة السلم . بقيمة المسلم فيه ٣٤٣ ٢٥ له . له الفسخ ٣٤٦ ٣ و ١٩ على . على حق ٣٤٨ ٢
 باعه . باعها ٣٤٩ ٤ للعكس . العكس «ظ» ٣٥٠ ١ و ٢٢ عليه . عليه مثله ٣٥٠ ١٠
 بقوله . بقول ٣٥٤ ٨ بجنس . بحس ٣٥٤ ٢١ قضيت . قضية ٣٥٥ ٤ ولو هذا لان .
 ولولا هذان ٣٥٧ ١ الملائة . الملائة فلو تجدد لم يكن له فسخ الضمان ٣٥٧ ٣ أتاح . أتاح
 الله «ظ» ٣٥٨ ١ الزوجة . الزوجة من دون اذن الزوج ٣٥٨ ١ و ١٢ اتكال . اتكال ينشأ
 ٣٥٩ ١ المتق قطعا . المتق ٣٥٩ ١ اذن له . اذن ٣٥٩ ١ و ويتبع . فيتبع ٣٥٩ ٢٨
 الضمون . المضمون ٣٦٠ ١٨ والسير . والسير ٣٦٠ ٣٢ تبرع . تبرع ٣٦٢ ٢ الثلث .
 الثلث والاخرس ان عرفت اشارته صح ضمانه والا فلا ٣٦٢ ٣ الضمان (متن) الضمان لانه كالاداء
 (متن) ٣٦٣ ١ الضمان . الضمان لم يطل ٣٦٥ ٢ المؤمنين . المؤمنين عليه السلام ٣٦٥ ٧
 له عنه . له ٣٦٦ ١٨ ينقله . ينقله ٣٦٦ ٣٢ التراخي . التراخي ٣٦٧ ٢ المضمون . المضمون
 به ٣٧١ ١ و ١٢ ما يستأزمه . ما يستأزمه ٣٧٢ ١ و ٤ والعارية . والعارية المضمونة ٣٧٢ ٥
 ٣٢ الهد . الهداة ٣٧٣ ٢ و ٢٥ عنه . عن ٣٧٣ ١٣ عزم . عزم ٣٧٥ ٢ مستحا .
 مستحاً ٣٧٧ ٦ عنها . عنها ٣٧٧ ١٣ والمهذب . في المهذب «ظ» ٣٧٧ ٢٠ فعلي .
 الظاهر نقصان كلمة هنا فتراجع ٣٧٧ ٢٤ عليه . عليها ٣٧٨ ١ وكتاب . أو كتاب
 ٣٧٩ ١ حينئذ (متن) . حينئذ ولاضمت شيئاً مما لك عليه (متن) ٣٨٠ ٦ فظر . نظر ٣٨٠ ٥
 ١ التكليف . التكلف ٣٨٠ ٢٢ وانه . وان ٣٨٢ ٣ و ١٩ مات . مات الضامن ٣٨٢ ٤ لم .
 لم ذلك ٣٨٣ ١ ثم ان . ثم ٣٨٤ ٣٠ يصلح . يصلح ٣٨٥ ١ و ١٨ قريط . قريط الضامن
 ٣٨٥ ١٤ الاصيل . الاصل ٣٨٥ ٢١ المؤمنين . المؤمنون ٣٨٥ ٢٣ لاداء . الاداء ٣٨٧ ٥
 ١٢ انا . انا ٣٨٨ ٦ اجر . اجر ٣٨٨ ٢١ الرجوع الى . الرجوع ٣٨٨ ٢٦ احداها .
 لحدما ٣٨٩ ١٢ المجازاة . المجازات ٣٩١ ١١ أوعين . عين او ٣٩٢ ٥٥ عن . من ٣٩٢ ٥
 ١ التذكرة . التذكرة ٣٩٢ ٢٦ فبالحصة . فبالحصة ٣٩٣ ١٥ عدم الضمان غيره كذا وجد ولمل

الصواب شأن غيره أو الضمان من غيره ٣٩٣ * ١٦ يوجب . بوجود ٣٩٣ * ٢١ كما كس . كما كس
 ٣٩٤ * ٣ قصد . قصد ٣٩٤ * ٣ وان . فان ٣٩٥ * ١٨ و ٢٢ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٠ المبرأ .
 المبرئ ٣٩٦ * ٣ و ٤ و ٥ و ١٥ و ١٦ و ١٧ المبرأ المبرئ ٣٩٦ * ٥ يبرأ . يبرئ ٣٩٧ * ٢ الدين . الدين أيضا ٣٩٧ *
 ٣٢ ان ينكر . ان ينكر الاصيل ٣٩٨ * ٢٣ ذكرنا . ذكرناه « ظ » ١٠٤ * ١٧ عليه . عليه انه ٤٠٢ * ٤
 آلا المأذون . الاداء المأذون فيه ٤٠٣ * ١ و ٤ تارضاً . تارض ٤٠٣ * ٢ ذمت . ذمته عن حق الدافع
 ٤٠٤ * ٢٣ فلا يؤيده به . الذي وجدناه في النسخ فلا يؤيده به ومعناه غير ظاهر وكان الصواب فلا يرد
 به أو نحو ذلك فليراجع ٤٠٥ * ١ و ٣١ أو كونه . وكونه ٤٠٥ * ٢١ والحلان . والحلاف ٤٠٥ * ٢٨
 والمعلي . والمعلي ٤٠٥ * ٢٨ يصح . تصح ٤٠٦ * ٨ حكاية . حكاية ٤٠٨ * ٢ و ١٧ يبرأ . يبرئه
 ٤٠٩ * ٢٣ المحيل . المحيل الى ذمة المحال ٤٠٩ * ٢٤ المحال . المحال ٤١١ * ٢٣ فصحة . فصحت
 ٤١٢ * ٢٧ لو . لولا ٤١٣ * ١ لانه . لانها ٤١٣ * ٥ المفروض من . المفروض ٤١٣ * ١٥ اتنا .
 انا ٤١٥ * ١ الحواله . الحواله ليرجع ٤١٥ * ١٧ فتخير . فتخيره ٤١٥ * ٢٨ وانها . وانه « ظ »
 ٤١٦ * ١ ذلك . ذلك لانه كان مأذوناً في القبض بحجة فاذا بطلت في أصل الاذن والاصح عدم
 لان الاذن الذي كان ضمناً لا يقوم بنفسه ٤١٦ * ٩ بنفسه . بنفسه ٤١٧ * ٣٧ يقول . يقول
 ٤١٨ * ٣ من . على خ ل ٤١٨ * ٤ بنيت الحسبه . بنيت الحسبه ٤١٩ * ٢ احلافه . احلافه على
 نفي الملم ٤٢٠ * ٢٢ وادعى . او ادعى ٤٢١ * ١ ان قبلت . قبلت ٤٢١ * ٤ اللفظ . اللفظ له ٤٢١
 ٤٢٨ * ٢٨ قدح . قدح ها ٤٢١ * ٢٩ التي هي . التي ٤٢١ * ٣٠ هنا . هنا تمدح ٤٢٤ * ٢ ملكه فلا
 أقل من ان يكون ذلك اذناً في الملك . ملكه ٤٢٤ * ٥ شهر . شهر مثلاً ٤٢٤ * ١٧ القبض . بالقبض
 ٤٢٤ * ١٩ هذا في . هذا وفي ٤٢٥ * ١ فرع . الرابع ٤٢٥ * ٧ مقتضى . مقتضى ٢٥٤٢٦ عنه الفصل
 الثاني . عنه ولو أحال من لادين عليه على من لادين عليه فهي وكالة في الاقتراض البع ل الثالث
 ٤٢٦ * ١١ الثاني . الثالث ٤٢٧ * ١ فعمرو . فعمرو ح ل ٤٢٧ * ٢ الكفالة (من) . الكفالة فلو
 قال ان حشت فاما كفيل به لم يصح على اشكال (من) ٤٢٩ * ١ وعليه . أي الصابط (حاسبه)
 ٤٢٩ * ١٨ ولم . ولولم ٤٣٠ * ١ ان الكفالة . انه لا كفالة . ٤٣٠ * ٣٤ غير . غير ٤٣٠ * ٢٤ وقضية
 . وقضية ٤٣١ * ١ الدم . الدم كوت المكفول ٤٣١ * ٤ شرط . شرطاً ٤٣٣ * ٢ منه ما يأتاها .
 نفسه ٤٣٤ * ٢ اتنى . اتنى فيها ٤٣٤ * ٢ بخلاف . بخلاف حش ٤٣٥ * ١ عن . من ٤٣٦ * ٢
 الاحضار . الاحضار خاصه ٤٣٦ * ١ وكذا . كذا الى كذا ٤٣٦ * ٢٣ عن . عن ٤٣٧ * ٢٣ ان .
 ان في ٤٣٨ * ٢٥ فافرقا كذا . فافرق ٤٣٩ * ١٥ خ . انه لا ٤٤٠ * ٨ عا . كذا وجد
 ولعل الصواب عليه اي اذا باع الدين على المدين نفسه (محس) ٤٤٠ * ٢٥ فلو . فخلصا « ظ »
 ٤٤٢ * ١ المال . المال قهراً ٤٤٤ * ١ لوقال . الخامس لوقال ٤٤٥ * ٧ الخراب . الخراب ٤٤٦
 ١٥ لو هرب . السادس لو هرب ٤٤٦ * ٢ سب . سب ٤٤٦ * ٨ المبرأ . المبرأ ٤٤٦ * ١٥
 مع فرقه . لا يخفى وقوع خلل في الادارة الى فواه الكاب فلتا ح (ص) ٤٤٧ * ١ له أسلم .
 الثامن له أسلم ٤٤٧ * ١٢ و ١٢ حتى . در حقي « ظ » ٤٤٨ * ١ اشكال . اشكال فيهما الى كان
 ضمناً فانه لا ينفط باسلام المضمون منه وفي ربوع الصامس المأذون عليه البيعة دار (من) ٤٤٨ *
 ١٦ الكبرل . الكبرل له « ظ » ٤٤٨ * ٢٨ هل . هل هو « ظ » ٤٤٩ * ١ لو . الى مع له ٤٥١

٢ * الأقاء . ٤٥١ * ٩ ضمنا . ضمنا ٤٥١ * ٣١ المركبان . الر كبان ٤٥٣ * ١ * الأقرب .
 العاشر الأقرب ٤٥٣ * ١ * غيرها بدأ . او غيرها برأ ٤٥٣ * ٢ * لوادي . الحادي عشر لوادي ٤٥٤ * ٦ *
 وقضية . وقضيته ٤٥٥ * ١٤ * حقيقة . حبة ٤٥٦ * ٤ * رضا . الرضا خ ٤٥٧ * ١٨ * اختيار . خيار ٤٥٨ *
 ١ * والانكار اجماعا . والانكار ٤٥٨ * ٦ * من . عن « ظ » ٤٥٩ * ٨ * يخلوا . يخلو ٤٦١ * ٩ * وكان له .
 كان ٤٦٢ * ٢٩ * يرا . برئ ٤٦٢ * ٣١ * بنقص . بنقض ٤٦٣ * ٣١ * كما اذا . كما ٤٦٣ * ٣١ و ٣١ *
 عمر . عمرو ٤٦٣ * ٣٢ * شراؤه . شراؤه منه ٤٦٦ * ١ * من . عن خ ٤٦٧ * ١٤ * فشار . فأشار ٤٦٧ *
 ٢٦ * منشاؤه . منشاؤه ٤٦٨ * ١ * و ٧ اقرار . اقرارا ٤٦٨ * ١٢ * تصح . يصح ٤٦٨ * ٢٢ * يريد . يريد
 ٤٦٩ * ١٧ * البيئة . النسبة ٤٦٩ * ١٩ * باؤها . باؤها ٤٦٩ * ٢١ * حسنة . حسنة ٤٦٩ * ٣٢ *
 لانه . ولانه ٤٧٠ * ٧ * تقريره . وقبره « ظ » ٤٧٠ * ١٨ * علم . علما ٤٧٠ * ٢٧ * ان القمة يكون
 هبة . أن يكون هبة ٤٧٠ * ٣٠ * معنى . القمة معنى ٤٧١ * ١٥ * صرفا . صرفا ولو ظهر استحقاق أحدها للموضين
 بطل الصلح ٤٧١ * ١٦ * وباقاه . وباقاه ٣٧٣ * ٣١ * تجديد . تجديد ٤٧٤ * ١ * و ١٦ بها . بها
 القرب ٤٧٤ * ١٠ * غالبا . غالبا ٤٧٦ * ١٨ * ملك . ملك ٤٧٧ * ٢٦ * أحدها . أحدها ٤٧٨ * ١٠ *
 أحدها . أحدها ٤٧٨ * ١٧ * ولله خ . ولله « ظ » ٤٧٩ * ٩ * الاجال . الاجال ٤٧٩ * ١٦ *
 الارتفاق . الارتفاق ٤٨١ * ٥ * بمكانه . بمكانه ٤٨٢ * ٢ * الاعارة . الاعارة لو استأجره الجار ٤٨٣ *
 ١ * اقتر . اقتر في تجديد الوضع ٤٨٤ * ١ * شرط . بشرط التمين ٤٨٥ * ٣ * الدولاب . وكذا
 لا يجبر على الشركة في عمارة الدولاب خ ٤٨٧ * ٣ * يزيد . يريد ٤٨٧ * ٧ * نهي . نهي ٤٨٧ *
 بة . خشبه ٤٨٧ * ٣١ * نفس . نصف ٤٨٨ * ٩ * عليها ٤٨٩ * ٧ * ان أراد . وان أراد ٤٨٩ *
 ١ * « ظ » ٤٨٩ * ٨ * خطا . خطا « ظ » ٤٨٩ * ٢٩ * و ٣٠ * سيئه . سيئه ٤٩٠ *
 ٢ * ذلك . ٤٩٠ * ٣ * لو . ولو ٤٩٠ * ٣ * لسبب . بسبب ٤٩١ * ١ * والاستكان .
 الاستكان ٤٩١ * ٢ * روع . كرم الاول ٤٩٢ * ١ * لا يجوز . الثالث لا يجوز ٤٩٢ * ١٠ * متضد .
 متضدا ٤٩٢ * ١٣ * بالاعيان خ . بالاعيان « ظ » ٤٩٢ * ١٥ * المر الذي ٤٩٣ * ٤ * اقرار .
 اقرارا ٤٩٣ * ٢٥ * اليها . اليه ٤٩٥ * ٤ * شركة . شركة له ٤٩٥ * ٣٣ * وكان . وكانت « ظ » ٤٩٦ *
 ويعطى ٤٩٦ * ١ * الباقي (متن) . الباقي مع التثبت (متن) ٤٩٦ * ٢٠ * قصي . قصي ٤٩٧ * ١ * من
 اثنين . عن اثنين ٤٩٨ * ٣ * وذ كروها . وذ كروها ٤٩٨ * ٢٢ * ما . ما ٥٠١ * ٢٣ * وكثير . وكثيرا
 ٥٠٢ * ٢١ * الملابس . الملابس ٥٠٢ * ٢٢ * ثبات . ثياب ٥٠٢ * ٣٠ * بانه كذا . بانها « ظ » ٥٠٣ *
 ١ * اذا . واذا ٥٠٣ * ٢ * المنكر وبراء . المنكر من الخصومة وبراء له ٥٠٣ * ٣٠ * عليين . عليين ٥٠٤ *
 ٧ * وقد . قد خ ٥٠٦ * ٢ و ١٢ * الاستحقاق . استحقاقه ٥٠٦ * ١٨ * ابرأوها . ابرأوها ٥٠٦ * ٢٧ *
 سبحانه وتعالى . سبحانه ٥٠٧ * ١٥ * ولو . ولو ٥٠٧ * ٣٠ * وقته . وقته ٥٠٨ * ٢ * والكتابات . والكتابات
 يحصى أو أجز ٥٠٨ * ١٠ * بالخطيرة بالخطيرة ٥٠٨ * ١٤ * حكى . حكى ٥٠٩ * ٢ * امتداده . امتداده في الملو
 ٥١٠ * ٢٦ * قضى . قضى ٥١٢ * ١٤ * سبحانه وتعالى . سبحانه ٥١٢ * ١٨ * ستة عشر . ستة عشر
 ٥١٢ * ٢٣ * فظهرة . فظهرت (تنبيه) وقع في عدة صفحات عند ذكر التصلية والتسليم هكذا
 (صلى الله عليه وسلم) وصوابه (صلى الله عليه وآله وسلم) وذلك في صفحة ٣ سطر ١٥ و ١٦ و ١٨ و ص
 ٤ س ٩ و ٢٠ و ص ٦ س ٨ و ص ٧ س ٢٧ و صفحة ٩ س ١٥ و ص ٣١ س ١٠ و ص ٤١ س ٣ و ص

